

Walther, Rainer

Research Report

Gesetzliche und vertragliche Eskalationsmodelle im privatrechtlichen Bauwesen (Bauvertrag)

EIKV-Schriftenreihe zum Wissens- und Wertemanagement, No. 51

Provided in Cooperation with:

European Institute for Knowledge & Value Management (EIKV), Hostert (Luxembourg)

Suggested Citation: Walther, Rainer (2023) : Gesetzliche und vertragliche Eskalationsmodelle im privatrechtlichen Bauwesen (Bauvertrag), EIKV-Schriftenreihe zum Wissens- und Wertemanagement, No. 51, European Institute for Knowledge & Value Management (EIKV), Wiltz

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/280794>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

EIKV-Schriftenreihe zum
Wissens- und Wertemanagement

Gesetzliche und vertragliche Eskalationsmodelle im
privatrechtlichen Bauwesen (Bauvertrag)

Rainer Walther



IMPRESSUM

EIKV-Schriftenreihe zum Wissens- und Wertemanagement

Herausgeber: André Reuter, Thomas Gergen

© EIKV Luxembourg, 2016 – 2023

European Institute for Knowledge & Value Management (EIKV)

Château de Wiltz

L-9516 Wiltz - GD de Luxembourg

info@eikv.org

www.eikv.org

Gesetzliche und vertragliche Eskalationsmodelle im privatrechtlichen Bauwesen (Bauvertrag)

Rainer Walther

Die nachfolgende Arbeit wurde als Thesis zur Erlangung eines Doctorate in Business Administration (DBA) bei der DTMD University for Digital Technologies in Medicine and Dentistry, DTMD University eingereicht und mit „summa cum laude“ bewertet. Betreuer der Thesis war Prof. Dr. Dr. Thomas Gergen

Besondere Erwähnung

Die DTMD University for Digital Technologies in Medicine and Dentistry stimmen den in der vorliegenden Thesis ausgedrückten Meinungen weder zu, noch werden diese abgelehnt. Die ausgedrückten Meinungen sind als diejenigen des Autors anzusehen.

Zusammenfassung:

Die vorliegende Arbeit setzt sich einleitend mit den Möglichkeiten auseinander, Streitigkeiten, die immer wieder in typischen Konstellationen im Bauvertrag gem. §§ 650a ff BGB, den Eskalationsfeldern, auftreten, durch gesetzlich bereitgestellte Verfahren wie aber auch durch materielles Gesetzesrecht und zuletzt auch durch die individualvertragliche Gestaltung zu klären und zu befrieden. Dazu fokussiert die Arbeit zunächst auf die durch Gesetz bereit gestellten prozessualen Lösungen wie Klage, selbständiges Beweisverfahren, europäische Verfahren, Schiedsverfahren, Mediation etc. sowie deren Optimierungsmöglichkeiten und Probleme. Am Ende spricht sie Handlungsempfehlungen aus. Anschließend bespricht der Verfasser die materiell-rechtlichen Vorgaben des Bauvertragsrechts mit ihren Chancen und Risiken– dies vor dem Hintergrund eines Verständnisses aller darin angelegten Haupt- und Nebenleistungspflichten, Obliegenheiten und Gefahrtragungsregeln als nach dem Willen des Gesetzgebers einander äquivalent. In der Erkenntnis der Unzulänglichkeit dieses gesetzlichen Äquivalents entwickelt die Arbeit zunächst Empfehlungen für dessen Überleitung in ein vertragliches Äquivalent, das die Vertragsparteien durch Vertragsverhandlung und Vertragsschluss individuell modellieren. Anschließend bespricht und entwirft die Arbeit in einem ganzheitlichen Blick auf das Zusammenwirken verschiedener gesetzlicher Ansprüche und deren vertraglicher Modifikationen Möglichkeiten der Optimierung und Argumentationsansätze, die gleichzeitig auch als Checkliste für die Vorbereitung und Durchführung von Vertragsverhandlungen bis zum Vertragsschluss benutzt werden kann. Vergleichend angesprochen werden dabei auch Lösungsansätze aus dem internationalen Bereich (bspw. FIDIC-Verträge, nationale Vertragsmuster VOB/B, YSE 1998, AB 04, B 2110 usw.) wie aber auch aus anderen Gesetzgebungen (Frankreich, Großbritannien, Oman, Österreich, Schweiz usw.). Nicht zuletzt versucht die Arbeit einen bislang noch nicht in Rechtsprechung und Literatur besprochenen Ansatz der Zeitfortschreibung im Lichte des funktionalen Mangels (Sowieso-Zeit).

Schlagworte:

Leistung, Leistungsstörung, Modifikation, Kompensation, Gesetzliches Äquivalent, Vertragliches Äquivalent, Klage, selbständiges Beweisverfahren, Erfüllungsort, Gerichtsstandsvereinbarung, Schiedsklage, ADR, BIM, Stufenverfahren, partnerschaftliche Kooperationsmodelle, Harvard-Konzept Eskalationsfelder, Verhandlung, Adjudication, Arbitration, paiement directe, Leistungsbestimmungsrechte, Schiedsgutachter, Engineer, FIDIC, VOB/B, YSE 1998, AB 04, B 2110, Gesamtschuld, Vorleistungsrisiko, Abnahme, Mitwirkungshandlung, Bereitstellungsobliegenheit, Gefahrtragung, Leistungszeit, Zeitfortschreibung, Sowieso-Kosten, Sowieso-Zeit, Sicherheiten, Bausoll, Vorteilsausgleichung, Transparenz, Verursacherprinzip, Sicherheiten, URDG, Patronatserklärung, Bürgschaft, Liquidität

Inhaltsübersicht

| | | |
|---------|--|----|
| I. | Einleitender Hinweis | 11 |
| II. | Ausgangssituation | 12 |
| | Eskalationsfeld Leistung – Modifikation – Kompensation | 13 |
| | Eskalationsfeld Zeit – Verzug – Kompensation | 14 |
| | Eskalationsfeld Leistungsstörung – Kompensation | 16 |
| | Problembehaftete Ausgangslage, Forschungsfragen | 17 |
| III. | Eskalation und Eskalationsmodell | 18 |
| IV. | Gesetzliche Eskalationsmodelle für den Bauvertrag nach deutschem Recht | 19 |
| 1 | Gesetzliche Eskalationsmodelle durch Bereitstellung von gesetzlichen Verfahren | 19 |
| 1.1 | Die baurechtliche Streitigkeit vor den Gerichten | 20 |
| 1.2 | Die zivilrechtliche Klage nach GVG und ZPO | 21 |
| 1.2.1 | Allgemeines | 21 |
| 1.2.2 | Gesetzliche Gerichtsstände | 22 |
| 1.2.2.1 | Allgemeiner Gerichtsstand § 12 ZPO | 22 |
| 1.2.2.2 | Gerichtsstand des Erfüllungsorts § 29 ZPO | 22 |
| 1.2.3 | Commercial Courts in Baden-Württemberg und Hessen, Quality Law NRW | 25 |
| 1.2.4 | Mahnverfahren nach deutschem Recht §§ 688 ff ZPO | 27 |
| 1.2.5 | Europäische Verfahren | 28 |
| 1.2.5.1 | Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäi- schen Mahnverfahrens | 28 |
| 1.2.5.2 | Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 zur Einführung eines europäischen Ver- fahrens für geringfügige Forderungen | 28 |
| 1.2.5.3 | Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen | 29 |
| 1.2.6 | Gerichtsstandsvereinbarungen §§ 38 ff ZPO, § 18 Abs. 2 VOB/B | 29 |

| | | |
|-------------|--|----|
| 1.2.6.1 | § 38 ff ZPO | 29 |
| | Freie Berufe | 29 |
| | Gesellschaften des Bürgerlichen Rechts §§ 705 ff BGB | 30 |
| | Nicht allverdrängende Wirkung | 30 |
| 1.2.6.2 | § 18 Abs. 1 VOB/B | 31 |
| 1.2.7 | Zwischenfazit | 33 |
| 1.3 | das selbständige Beweisverfahren gem. §§ 485 ff ZPO | 34 |
| | „Dahintröpfeln“ | 36 |
| | „Faktischer Stillstand“ | 37 |
| | Allgemeine Grundlagen und die Problematik der „Mehreren“ | 37 |
| 1.4 | Die Schlichtung gem. § 15a EGZPO | 40 |
| 1.5 | Die Güteverhandlung § 278 ZPO | 40 |
| 1.6 | Der Güterichter §§ 278 V ZPO, 278 Abs. 5 Satz 2, 278a ZPO | 42 |
| 1.7 | Der Einstweilige Rechtsschutz, §§ 935, 940 ZPO, 650d BGB | 44 |
| 1.8 | Das schiedsrichterliche Verfahren §§ 1025ff ZPO | 46 |
| 1.9 | Die Mediation nach dem Mediationsgesetz | 50 |
| 1.10 | Zusammenfassung und Zwischenfazit | 51 |
| 2 | Gesetzliche Eskalationsmodelle durch materielles Gesetzesrecht | 53 |
| 2.1 | Äquivalenzverhältnis | 53 |
| 2.2 | Gesetzliches, bauvertragliches Äquivalenzgefüge allgemein | 55 |
| 2.2.1 | Gesetzliche Basis | 55 |
| 2.2.2 | Aktuelles Grundkonzept des Werkvertrags | 55 |
| 2.3 | Anteile des gesetzlichen Äquivalents für beide Parteien: | |
| | Kooperation | 56 |
| 2.4 | Anteile des Bestellers im gesetzlichen Äquivalent | 58 |
| 2.4.1 | Hauptpflichten | 58 |
| 2.4.1.1 | Vergütungspflicht | 58 |
| 2.4.1.1.1 | Vorleistungsrisiko des Unternehmers | 59 |
| 2.4.1.1.2 | Gesetzliche Korrekturen des Vorleistungsrisikos | 59 |
| 2.4.1.1.2.1 | Abschlagszahlungen § 632 a BGB | 59 |

| | | |
|-------------|--|----|
| 2.4.1.1.2.2 | § 650c BGB | 62 |
| 2.4.1.1.2.3 | Idee der schnellen Klärung § 650d BGB | 65 |
| 2.4.1.1.2.4 | Zwischenfazit | 65 |
| 2.4.1.2 | Pflicht zur Abnahme § 640 BGB | 65 |
| 2.4.1.2.1 | Abnahme | 65 |
| 2.4.1.2.2 | Mangel und Abnahme | 67 |
| 2.4.1.2.3 | Gesetzgeberische Korrekturen | 68 |
| 2.4.1.2.3.1 | Abnahmereife, unwesentlicher Mangel § 640 I 2 BGB | 68 |
| 2.4.1.2.3.2 | Die Fiktion der Abnahme § 640 II BGB | 69 |
| 2.4.1.2.3.3 | Zustandsfeststellung § 650g BGB | 69 |
| 2.4.1.2.3.4 | Durchgriffsfälligkeit § 641 II BGB, Fälligkeit ohne Abnahme | 70 |
| 2.4.2 | Nebenpflichten und Obliegenheiten | 71 |
| 2.4.2.1 | Generelles | 71 |
| 2.4.2.2 | Mitwirkung | 74 |
| 2.4.2.3 | Aufklärung, Auskunft | 75 |
| 2.4.2.4 | Obhut, Schutz und Fürsorge | 76 |
| 2.4.3 | Übernommene Gefahren | 76 |
| 2.4.4 | Fazit zu den Anteilen des Bestellers am gesetzlichen Äquivalent | 78 |
| 2.5 | Anteile des Unternehmers am gesetzlichen Äquivalent | 78 |
| 2.5.1 | Hauptpflichten | 78 |
| 2.5.1.1 | Herstellungspflicht, funktionaler Herstellungsbegriff, Vorleistung | 81 |
| 2.5.1.2 | Verschaffungspflicht | 83 |
| 2.5.1.3 | Person des Leistenden | 84 |
| 2.5.1.4 | Leistungszeit | 84 |
| 2.5.1.5 | Leistungsort | 86 |
| 2.5.2 | Nebenpflichten | 86 |
| 2.5.2.1 | Pflichten betreffend die Vorgaben und Vorleistungen des Auftraggebers | 86 |

| | | |
|-----------|--|-----|
| 2.5.2.1.1 | Beratung, Aufklärung und Prüfung vor Vertragsschluss | 86 |
| 2.5.2.1.2 | Beratung, Aufklärung und Prüfung nach Vertragsschluss | 88 |
| 2.5.2.2 | Weitere Pflichten während der Ausführung | 88 |
| 2.5.2.3 | Pflicht zur wirtschaftlichen Betriebsführung | 89 |
| 2.5.2.4 | Nachwirkende Vertragspflichten | 90 |
| 2.6 | Bewertung der Anteile des Unternehmers am gesetzlichen Äquivalent | 90 |
| 2.7 | Modifikationen des gesetzlichen Äquivalents bei Beteiligung Mehrerer | 90 |
| 2.7.1 | Mehrere auf Seiten des Bestellers | 91 |
| 2.7.1.1 | Gesamthand | 91 |
| 2.7.1.2 | Eigentümergeinschaft als Besteller | 91 |
| 2.7.1.3 | mehrere Besteller, ein Unternehmer | 92 |
| 2.7.2 | Mehrere auf Seiten des Unternehmers | 92 |
| 2.7.2.1 | Mehrere Unternehmer nebeneinander | 92 |
| 2.7.2.2 | Mehrere Unternehmer als Vor-/Nachunternehmer | 93 |
| 2.7.2.3 | Mehrere Unternehmer in gestaffelten Vertragsverhältnissen | 93 |
| 2.7.2.4 | Mehrere Unternehmer in Gemeinschaft | 94 |
| 2.7.3 | Partnerschaftliches Bauen | 96 |
| 2.7.4 | Gesamtschuld bei Leistungsstörungen | 99 |
| 2.8 | Bewertung des gesetzlichen Äquivalents insgesamt | 101 |
| 3 | Vertragliche Eskalationsmodelle für den Bauvertrag nach deutschem Recht | 103 |
| 3.1 | Gesetzliches und vertragliches Äquivalent, Eskalationsfelder | 103 |
| 3.2 | Strategieüberlegungen | 103 |
| 3.2.1 | Kooperation, Spieltheorie | 104 |
| 3.2.2 | Ziele und Eckpunkte zur Überführung ins vertragliche Äquivalent | 105 |
| 3.2.3 | Verhandlungsempfehlungen, Methoden, Havard-Modell | 107 |

| | | |
|-----------|--|-----|
| 4 | Die Schaffung des vertraglichen Äquivalents in der Betrachtung nach Eskalationsfeldern | 109 |
| 4.1 | Eskalationsfeld Streit und Kanalisierung | 109 |
| 4.1.1 | Genereller Weg | 110 |
| 4.1.2 | Individuelle Ansätze auf der Grundlage deutschen Rechts | 111 |
| 4.1.2.1 | Durch vorgelagerte Prozeduren | 111 |
| 4.1.2.2 | BIM-Modell: konfliktreduzierende Ansätze? | 116 |
| 4.1.2.3 | Anstöße nach dem Vorbild Großbritanniens | 118 |
| 4.1.2.3.1 | Adjudication (Art. 108, 108a Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996) | 118 |
| 4.1.2.3.2 | “part 36 offers” (part 36 “offers to settle”, UK Civil Procedure Rules), auch Sealed Offer oder Calderbank Offer genannt | 122 |
| 4.1.2.4 | Durch einseitige Bestimmungs- und Wahlrechte §§ 315, 316, 262 BGB | 123 |
| 4.1.2.5 | Durch Übertragung von Entscheidungs- und Bestimmungsrechten auf Dritte § 317 BGB | 127 |
| 4.1.2.5.1 | Schiedsgutachter | 127 |
| 4.1.2.5.2 | Das Modell des Engineers | 130 |
| 4.1.2.6 | Durch Einflussnahme auf den Bestand von Rechten | 133 |
| 4.1.2.6.1 | Allgemeine Überlegungen aus den chronologischen Stadien eines Anspruchs, Gegenrechte | 133 |
| 4.1.2.6.2 | Individualvereinbarungen, Allgemeine Geschäftsbedingungen §§ 305ff BGB, Privilegierung der VOB/B | 134 |
| 4.1.2.6.3 | Einwirkung auf den Bestand des Rechts durch weitere Voraussetzungen | 136 |
| | Schriftform und Bestätigung | 136 |
| | Ankündigung und Vereinbarung | 137 |
| | Back-to-Back-Prinzip | 137 |
| 4.1.2.6.4 | Einwirkung auf den Bestand von Rechten durch | 138 |

| | | |
|---------|---|------------|
| | Ausschlußfristen, Verfall, Verwirkung und Verzicht | |
| | Ausschlussfristen | 138 |
| | Verfall, Verwirkung und Verzicht | 141 |
| 4.1.2.7 | Application for payment procedure | 141 |
| | Für vereinbarte Vorauszahlungen | 143 |
| | Für Abschlagszahlungen | 143 |
| | Schlusszahlung | 145 |
| 4.1.3 | Frankreich : « action directe » | 146 |
| 4.2 | Eskalationsfeld Leistung – Leistungsumfang – Leistungsbestimmung | 150 |
| 4.2.1 | Herausgehobene Bedeutung | 150 |
| 4.2.2 | Beeinflussung des Bausolls durch die Parteien | 151 |
| 4.2.3 | Ausschreibungstechnik: Übertragung des Leistungsermittlungsrisikos auf den Unternehmer, Rahmensetzung und Einflussnahme Übertragung des Leistungsermittlungsrisikos Rahmensetzung und Einflussnahme | 152 153 |
| 4.2.4 | Komplettheitsklauseln | 154 |
| 4.2.5 | Fazit zu diesem Abschnitt und Vergleich Deutsches Recht Andere Rechtsordnungen: Österreich und Schweiz | 155 155 |
| 4.3 | Eskalationsfeld Leistung – Modifikation – Kompensation | 160 |
| 4.3.1 | Ansätze auf der Grundlage deutschen Rechts | 161 |
| 4.3.1.1 | Die Regelungen in §§ 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 VOB/B | 162 |
| 4.3.1.2 | Modifikation der Verhandlungsstufe als solcher durch Rückkehr zum reinen Konsens nach § 311 I 1 BGB | 163 |
| 4.3.1.3 | Modifikation der Verhandlungsstufe | 163 |
| 4.3.1.4 | Zumutbarkeit | 165 |
| 4.3.2 | Einzelne AGB-Regelungen | 165 |
| 4.3.3 | Bereicherungsmöglichkeiten aus anderen Rechtsordnungen und quellen | 167 |

| | | |
|-----------|---|-----|
| | Finnland | 167 |
| | Schweden | 168 |
| | Österreich | 170 |
| | FIDIC | 171 |
| 4.3.4 | Fazit zum Eskalationsfeld Leistung – Modifikation – Kompensation | 172 |
| 4.4 | Eskalationsfeld Zeit – Verzug – Kompensation | 174 |
| 4.4.1 | Ansätze auf der Grundlage deutschen Rechts | 174 |
| 4.4.1.1 | Ansätze aus dem gesetzliche Äquivalent | 174 |
| 4.4.1.1.1 | Kreis und Umfang der Verpflichtung | 174 |
| 4.4.1.1.2 | Ausweitung durch Gefahrtragung | 177 |
| 4.4.1.1.3 | Vertreten-müssen | 179 |
| 4.4.1.1.4 | Beweislast | 180 |
| 4.4.1.2 | Formale Durchsetzung | 182 |
| | Schriftlichkeit | 182 |
| | Inhalte | 183 |
| 4.4.1.3 | Die Falle der Abgeltungswirkung von Nachtrags- vereinbarungen, insbesondere in zeitlicher Hinsicht | 183 |
| 4.4.1.4 | Einflussnahme auf den Bauablauf | 184 |
| 4.4.1.5 | Zusammenspiel mit Vertragsstrafen | 187 |
| 4.4.1.6 | Zeit und Zeitfortschreibung | 187 |
| 4.4.1.6.1 | Gesetzliches Äquivalent, Ausgangspunkt: Terminsoll, § 271 BGB | 188 |
| 4.4.1.6.2 | Dilemma für BGB und VOB/B: keine eigenständige Anspruchsgrundlage für Rechtsfolgen aus einer verschobenen Bauzeit | 188 |
| 4.4.1.6.3 | Zeitfortschreibung aus anderen Rechtsquellen? | 188 |
| 4.4.2 | Gängige Modelle zur Zeitfortschreibung | 189 |
| 4.4.2.1 | Soll - Ist – Vergleich | 189 |
| 4.4.2.2 | Soll-Soll'-Methode | 189 |
| 4.4.2.3 | Hypothetisches Ist Methode | 190 |

| | | |
|-----------|---|-----|
| 4.4.2.4 | Das Adaptionverfahren | 190 |
| 4.4.2.5 | Aspekte aus der Rechtsprechung zum „störungsmodifizierten Bauablauf“ | 190 |
| 4.4.3 | Fazit | 192 |
| 4.4.4 | Zeitfortschreibung als Folge eines funktionalen Mangels | 192 |
| 4.4.4.1 | Allgemein | 192 |
| 4.4.4.2 | Vergütungsfolgen – Ansätze der Rechtsprechung und Literatur | 194 |
| | Vorteilsausgleichung | 195 |
| | Störung des Äquivalenzinteresses | 195 |
| | Ergänzende Vertragsauslegung | 196 |
| 4.4.4.3 | Auswirkungen für Fragen der Bauzeit | 197 |
| | Ausgangspunkt: Terminsoll, § 271 BGB, Grundlagen der Fortschreibung | 197 |
| | keine eigenständige Anspruchsgrundlage für Rechtsfolgen aus einer verschobenen Bauzeit | 197 |
| 4.4.4.4 | Zeitfortschreibung | 197 |
| 4.4.4.4.1 | Wertung aus den Sowiesokosten | 199 |
| 4.4.4.4.2 | Übertragung auf die Zeit | 199 |
| 4.4.4.5 | Fazit | 200 |
| 4.4.5 | Erkenntnismöglichkeiten aus anderen Rechtsordnungen und -quellen | 200 |
| 4.4.5.1 | Österreich | 200 |
| 4.4.5.2 | FIDIC | 202 |
| 4.4.5.3 | YSE 1998 (Finnland) | 206 |
| 4.4.5.4 | Andere Rechtsordnungen | 207 |
| 4.4.6 | Fazit | 208 |
| 4.5 | Eskalationsfeld Leistungsstörung - Kompensation | 210 |
| 4.5.1 | Regelungen zur Art, Umfang und Voraussetzungen für Mängelansprüche | 210 |
| 4.5.2 | Regelungen über Einschränkungen von Mängelansprüchen | 211 |

| | | |
|-----------|---|-----|
| 4.5.3 | Regelungen über den Verantwortungsbereich des Auftraggebers und zur Bedenkenanzeigepflicht des Auftragnehmers | 212 |
| 4.5.4 | Verjährung | 212 |
| 4.5.5 | Regelungen zur Selbstvornahme/Ersatzvornahme | 214 |
| 4.5.6 | Minderung und Schadenersatz | 215 |
| 4.5.7 | Darlegungs- und Beweislast | 216 |
| 4.5.8 | Leistungsverweigerungsrechte | 217 |
| 4.5.9 | Bereicherungsmöglichkeiten aus anderen Rechtsordnungen | 218 |
| 4.5.9.1 | Österreich: die Unterwerfung des Mangels unter das Kaufrecht §§ 1167 ABGB, 922ff ABGB | 218 |
| 4.5.9.2 | Österreich: die Unterwerfung unter das Regime des § 377 Unternehmensgesetzbuch (UGB) | 218 |
| 4.5.9.3 | Österreich die Beweislast: § 924 Satz 2 ABGB | 219 |
| 4.5.9.4 | Österreich: der technische Schulterschluss | 221 |
| 4.5.9.5 | Finnland: YSE 1998 | 222 |
| 4.5.9.6 | FIDIC Red/Silver/Yellow Book 2017 | 222 |
| 4.5.9.7 | Fazit | 224 |
| 4.6 | Die Absicherungsebene - Gestaltung von Sicherheiten | 225 |
| 4.6.1 | Zugriff auf Geld | 225 |
| 4.6.1.1 | Der Liquiditätsverlauf | 225 |
| 4.6.1.1.1 | Abrechnung | 225 |
| 4.6.1.1.2 | Zahlung | 228 |
| | • zur Zahlung an sich | 229 |
| | • zu Abschlagszahlungen | 229 |
| | • zu Zahlungsplänen | 231 |
| | • zu Fälligkeit und Verzug | 231 |
| | • Skonto und Nachlass | 232 |
| | • zu Überzahlung | 234 |
| | • zu Abtretung, Aufrechnung und Zurückbehaltung | 234 |
| | • zu Verjährung | 235 |

| | | |
|-----------|--|-----|
| 4.6.1.2 | Zurückbehaltungsrechte | 236 |
| 4.6.1.3 | Aufrechnung | 237 |
| 4.6.2 | Sicherheiten | 237 |
| 4.6.2.1 | Bürgschaften | 238 |
| 4.6.2.2 | Die zu besichernde Hauptforderung | 240 |
| 4.6.2.2.1 | Allgemeines | 241 |
| | Vertragserfüllungsbürgschaft | 241 |
| | Gewährleistungsbürgschaft | 243 |
| | Anzahlungs-/Vorauszahlungsbürgschaft | 243 |
| 4.6.2.3 | Akzessorietät, Bedingung, Befristung | 244 |
| 4.6.2.4 | Kumulierung von Sicherheiten | 245 |
| 4.6.2.5 | Garantien, URDG 758 „on demand guarantee“ | 246 |
| 4.6.2.6 | Patronatserklärungen | 247 |
| 4.6.2.7 | Fazit | 250 |
| 5 | Schluss: Gestaltungsmöglichkeiten einer Deeskalation im Rahmen der Vertragsfreiheit, Antworten zu den Forschungsfragen | 251 |
| Literatur | | 263 |
| | Kommentare und Handbücher | |
| | Zeitschriften | |
| | Quellen aus dem Internet | |
| | Abkürzungen | |

I. **Einleitender Hinweis:**

Das private Bauwesen stützt sich in Abgrenzung zum öffentlich-rechtlichen Baubereich auf den zivilrechtlichen Werkvertrag in der besonderen Ausformung des sog. „Bauvertrags“ gemäß §§ 650a ff BGB, des Verbraucherbauvertrags §§ 650i ff BGB und des Bauträgervertrags §§ 650u ff BGB. Diese Dissertation beschränkt sich auf die privatrechtlichen Werkverträge unter Ausklammerung der letztgenannten Typisierungen „Verbraucherbauvertrag“ und Bauträgervertrag.

II. Ausgangssituation

Der lateinische Begriff „Pacta sunt servanda“ (Verträge sind einzuhalten), das Prinzip der Vertragstreue¹, richtet die klare Erwartung an die Vertragsparteien, den Vertrag so einzuhalten, wie er geschlossen wurde. Konsequenterweise ließ das BGB bis Ende 2017 jegliche vertragliche Änderung nur einvernehmlich zu, nämlich entweder durch einen Änderungsvertrag § 311 Abs. 1 Satz 1 2. Alternative BGB oder durch ein zuvor vertraglich vereinbartes einseitiges Leistungsbestimmungsrecht (§§ 315 bis 317 BGB). Die Praxis lehrt, dass die Abwicklung eines Bauvorhabens sehr veränderlich und dynamisch ist, sich also Leistungen ständig modifizieren.

¹ Allgemeines Vertragsprinzip: vgl. MüKoBGB/Finkenauer BGB § 313 Rn. 3, Weiler in BeckOK BGB § 308 Nr. 4 Rn. 3 ff, Landau in Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG) https://www.hrgdigital.de/HRG.pacta_sunt_servanda, Busche: Bauleistungen im System des Werkvertragsrechts – Überlegungen zur Reform des Bauvertragsrechts (ZfPW 2018, 285, 293)

Eskalationsfeld Leistung – Modifikation - Kompensation

Allerdings ist die Starre der Einvernehmlichkeit in der praktischen Projektabwicklung recht hinderlich. Der Bundesgerichtshof hat dazu praxisnah formuliert²

Bei Bauverträgen lässt sich bei Vertragsschluss häufig nicht übersehen, ob Leistungen zusätzlicher Art erforderlich werden, um den vereinbarten Leistungserfolg zu erreichen. Erfahrungsgemäß werden im Laufe der Errichtung eines Bauwerks immer wieder zunächst nicht vorgesehene Leistungen notwendig.

Häufig erfolgt die Planung des Projekts erst baubegleitend, Nutzerbedarf und Nutzervorstellungen ändern sich im Laufe des fortschreitenden Projekts³. Dem tragen die Rechtsprechung und das Gesetz spätestens seit 2018 Rechnung, indem sie erkennen, dass es kein rechtlich geschütztes Interesse des Unternehmers darangibt, seine geschuldete Leistung wie ursprünglich vereinbart zu erbringen⁴.

Um der Veränderlichkeit des Bauens während des Projekts Rechnung zu tragen, hat sich durch Praxis und Gesetz der Schwerpunkt verschoben: Lag früher der Fokus auf der Fragestellung, ob ein Auftragnehmer überhaupt rechtlich verpflichtet ist, ein einseitiges Verlangen auf Leistungsmodifikation dem Grunde und Anlass nach befolgen zu müssen, wird nun diese Pflicht zur Befolgung vor allem in der Praxis gleichsam vorausgesetzt und die Betrachtung zielt jetzt eher auf die sich aus der Befolgung ableitenden Konsequenzen ab. In dieser zielgerichteten und knappen Schärfe haben die deutschen Obergerichte bereits vor der Einfügung des Bauvertragsrechts (§§ 650a ff BGB) zum 01.01.2018 geurteilt. Beispielhaft genannt sei die Entscheidung BGH NJW-RR 2012, 982 (Rn. 6 bzw. 10):

(6)

Der Anspruch auf Vergütung der von einem Auftragnehmer auf Grund einer Anordnung des Auftraggebers erbrachten zusätzlichen Leistung entsteht mit der Ausübung des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts. Das Entstehen des Anspruchs hängt nicht davon ab, dass die Parteien vor Beginn der Ausführung eine Vergütung vereinbaren (vgl. BGHZ 50, 25, 30; Kniffka/Koebler, Kompendium d. BauR, 3. Aufl., 5. Teil Rn. 95).

(10)

Dass der Auftraggeber im Falle der Überreichung einer prüfaren Abrechnung nicht berechtigt ist, die Zahlung zu verweigern, weil er ...ein langwieriges internes Prüfungsverfahren durchführt, liegt auf der Hand und bedarf keiner Klärung.

Ebenso wenig besteht Klärungsbedarf dahingehend, dass ein Auftraggeber nicht berechtigt ist, eine Abschlagszahlung allein deshalb zu verweigern, weil er die

² BGH, Urteil vom 25.01.1996, AZ VII ZR 233/94 = NJW 1996, 1346, 1347, V 2 b

³ Kniffka in Bauvertragsrecht – IBR-Online-Kommentar, 3. Auflage 2021, Kniffka u.a., § 650b BGB, 29.1.1, I, Rn. 2

⁴ Kniffka, a.a.O

Forderung für überhöht hält oder die Forderung tatsächlich überhöht ist (vgl. dazu BGHZ 146, 24, 35 = NJW 2001, 822).

Das BGB hat durch die Einführung des Bauvertragsrechts zum 01.01.2018 diesen scharfen Mechanismus auch ins Gesetz übernommen: Angeordnete Leistungsmodifikationen gem. § 650b Abs. 2 BGB lösen automatisch kraft Gesetzes die Kompensationsfolge des § 650c BGB aus.

Überhaupt findet sich nun der Mechanismus des Ausübens/Duldens der Ausübung auf der Leistungsseite einerseits und der automatischen Kompensationsfolge daraus auf der Rechtsfolgenseite andererseits nun an verschiedenen Stellen des Gesetzes: Neben dem vorstehend angesprochenen Gefüge aus einseitigen Anordnungen gem. § 650b BGB nebst Kompensationsfolge des § 650c BGB sind auch die freie Kündigung gem. § 648 Satz 1 BGB als schärfste Form der Leistungsmodifikation (nämlicher ersatzloser Wegfall der Leistung) mit der Kostenfolge gem. § 648 Sätze 2 und 3 BGB, der Schadenersatz aus einer Pflichtverletzung (§§ 280ff BGB) oder die zwingende Entschädigung gem. § 642 BGB, die aus einer unterbliebenen Mitwirkungshandlung resultiert (§§ 642, 293 ff BGB), anzusprechen.

Somit erzeugt das Bauvertragsrecht eine enorme Spannungslage: Der Besteller kann Leistungsmodifikationen einseitig durchsetzen, sieht sich jedoch automatischen Kompensationsansprüchen des Unternehmers ausgesetzt. Der Auftragnehmer seinerseits muss solche rechtmäßig angeordneten Modifikationen befolgen und erlangt im Ausgleich dafür Kompensationsansprüche. Die dem Werkvertragsrecht innewohnende Vorleistungspflicht des Auftragnehmers bringt es jedoch mit sich, dass er diese Kompensationsansprüche erst nach Erbringung und Vorfinanzierung seiner Leistung realisieren und refinanzieren kann (§ 632a BGB für Abschlagszahlungen, § 641 BGB für die Zahlung des Werklohns). Wirtschaftlich bewirkt die Kompensationslösung für den Auftragnehmer also ein erhebliches Risiko, ob, wann und in welcher letztendlichen Höhe er tatsächlich Ausgleich für seine erbrachte Leistungsmodifikation erhält.

Eskalationsfeld Zeit – Verzug - Kompensation

Eine weitere Verschärfung findet dies dadurch, dass solche Leistungsmodifikationen häufig nicht terminneutral umgesetzt werden können. Die Flexibilisierung in der Leistungserbringung an sich hat das BGB im Hinblick auf Termine und Termintreue nicht erreicht. Die Mechanismen des BGB bedienen sich insoweit unverändert der Betrachtung von Verzug, sei es Schuldnerverzug gem. §§ 280 ff BGB oder Annahmeverzug gem. §§ 293 ff BGB, ergänzt um Fragen des Vertreten-müssens und der Gefahrtragung nach Risikosphären (§§ 644, 645 BGB). Kurz: es ist ein sehr starres

System, das Veränderung nur infolge solcher Störungen, die in Fachkreisen deshalb auch Bauablaufstörungen genannt werden⁵, erfährt.

Enorme Anforderungen werden daran auch seitens der Rechtsprechung gestellt, nämlich durch die Anforderungen des sog. „störungsmodifizierten Bauablaufs“⁶, die ein Anspruchsteller gegen den Anspruchsgegner darlegen muss, um Ansprüche aus Bauzeitüberschreitung geltend machen zu können. Unter anderem ist für getrennt jedes einzelne, auf den vereinbarten Bauablauf einwirkende Ereignis zu betrachten, der Risikosphäre des Bestellers gem. § 644 BGB oder der des Auftragnehmers gem. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zuzuordnen, die Auswirkung auf den Bauablauf fortzuschreiben und hinsichtlich der auch wirtschaftlich unterschiedlichen Folgen zu evaluieren – in größeren Bauprojekten reicht dies von hunderten bis zu tausenden Einzelstörungen. In den Fokus geraten dadurch für jede dieser Einzelstörungen immer wieder aufs Neue rechtliche Kernbegriffe: Man hat der anderen Vertragspartei eine Pflichtverletzung (§ 280 BGB) anzulasten, ihr Vertreten-müssen aufzuzeigen (§§ 280 Abs. 1 2 und 286 IV BGB), oder ihr das Unterlassen einer Mitwirkungshandlung (§§ 642, 293 ff BGB) vorzuwerfen.

Kurz: die gesetzliche Ausgangslage für Besteller und Unternehmer ist enorm konfrontativ, nicht kooperativ.

⁵ Kapellmann/Messerschmidt/Sacher VOB/B § 5 Rn. 39, 40 (juristisch), Heilforth BauR 2010, 25 (baubetriebswirtschaftlich)

⁶ St. Rspr. vgl. bspw. BGH NJW 2002, 2716, OLG Köln Urteil vom 28.1.2014, AZ 24 U 199/12, BGH NJW 2005, 1650, 382, Thode ZfBR 2004, 214, 220f

Eskalationsfeld Leistungsstörung - Kompensation

Als ein Fall der Pflichtverletzung hat sich auch die vertragswidrige Leistung, sprich der werkvertragliche Mangel in einen weiteren Fokus gebracht. Dies gilt grundsätzlich unmittelbar als Pflichtverletzung für Mängel, die bereits vor der werkvertraglichen Abnahme auftreten⁷, wie aber auch mittelbar für (Gewährleistungs-)Mängel nach Abnahme gem. §§ 634, 636, 280 ff BGB. Hier schaffen die Frage der Mangelhaftigkeit als Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der vertraglichen Sollbeschaffenheit⁸ wie auch der daran gekoppelten Sanktionen (Nacherfüllung/Neuherstellung, Minderung, Rücktritt, Schadenersatz, Einbehalt regelmäßig in der Höhe des doppelten der voraussichtlichen Kosten gem. § 641 Abs. 3 BGB, Vorschussanspruch gem. §§ 637 Abs. 3, Leistungsverweigerungsrechte gem. §§ 273, 320 BGB) weiteres und einschneidendes Konfliktpotential, das sich um die Vorwürfe der Vertragswidrigkeit (§ 633 BGB) bzw. der Pflichtwidrigkeit (§ 280 BGB) rankt.

Eine weitere Verschärfung erleidet diese konfrontative Lage dadurch, dass im Werkvertrags- und Bauvertragsrecht (abweichend von anderen Rechtsbereichen) als vertraglicher Maßstab nicht der Wortlaut der Vereinbarung gilt, sondern der werkvertragliche Erfolg, sprich, die sich aus dem Vertrag ergebende Funktionalität und Zwecktauglichkeit des Werks⁹. Das gilt sogar unter Überwindung des entgegenstehenden vertraglichen Wortlauts, also selbst „, wenn die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben, mit der die geschuldete Funktionstauglichkeit des Werkes nicht erreicht werden kann (st. Rspr.: vgl. BGHZ 91, 206; BGH, BGH NJW-RR 1995, 472). .. Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch versprochen und ist dieser Erfolg mit der vertraglich vereinbarten Ausführungsart nicht zu erreichen, dann schuldet der Auftragnehmer die vereinbarte Funktionstauglichkeit (BGHZ 91, 206).¹⁰“

Vertragliche Wortlaute bilden im Bauvertrag also keine letztverbindliche, verlässliche Grenze mehr, was Transparenz und Nachvollziehbarkeit in einer ohnehin konfrontativen Lage deutlich mindert.

⁷ St. Rspr. seit BGH, Urteil vom 19.1.2017 – VII ZR 301/13 = NJW 2017, 1604 und BGH, Urteil vom 19.1.2017 – VII ZR 235/15 = NJW 2017, 1607

⁸ BeckOK BGB/Voit BGB § 633 Rn. 3

⁹ Sog. „funktionaler Mangelbegriff“, st. Rspr. vgl. bspw. BGH, Urteil vom 16. 7. 1998, AZ VII ZR 350/96 = NJW 1998, 3707

¹⁰ BGH NJW 1998, 3707, 3708

Problembehaftete Ausgangslage, Forschungsfragen

Es verwundert also nicht, dass das werkvertragliche Streitpotential insgesamt massiv und erheblich ist. Aus Konfliktpotential entstehen Streitigkeiten, aus Streit die Notwendigkeit, (De-) Eskalationsmodelle bereitzustellen, um Divergenzen zu kanalisieren und sodann Klärung, Rechtsfrieden und Deeskalation zu ermöglichen.

Die vorgelegte Arbeit will diese in der Baupraxis gängigen Modelle aufzeigen, bewerten, Erkenntnisse aus anderen Rechtsordnungen und internationalen vertraglichen Gepflogenheiten einbringen und Lösungsansätze und Wege aufzuzeigen – mit dem Ziel, im Lichte der gelebten Praxis, im Rahmen der Vertragsfreiheit Deeskalationsmöglichkeiten zu schaffen.

Die zu stellenden **Forschungsfragen** lauten daher:

- **Welche Modelle stellt das deutsche Recht zur Deeskalation zur Verfügung (untergliedert nach prozessualen Wegen und materiell-rechtlichen Wegen, diese wiederum untergliedert in gesetzliche Ausgestaltung und Möglichkeiten der freien, (werk-)vertraglichen Gestaltung)? Welche dieser Modelle eignen sich für einen Bauvertrag?**
- **Welche Erkenntnisse aus anderen Rechtsordnungen und Standardverträgen kann man vorteilhaft in die Ausgestaltung eines Werkvertrags einfließen lassen?**

III. Eskalation und Eskalationsmodell

Eskalation beschreibt im Sinne des Duden eine „*der jeweiligen Notwendigkeit angepasste allmähliche Steigerung, Verschärfung, insbesondere beim Einsatz militärischer oder politischer Mittel sowie die [unkontrollierte] Verschärfung, Ausweitung eines Konflikts.*“¹¹, das antonyme Gegenteil der Deeskalation wird als „*stufenweise Verringerung oder Abschwächung eingesetzter .. Mittel*“ verstanden¹². Eskalation und Deeskalation sind Verhaltensmuster, die von Konfliktparteien bewusst oder intuitiv eingesetzt werden können und meist auf Konflikte zurückzuführen sind¹³.

Im privaten Bauwesen sind solche Verhaltensmuster durch das Gesetz und den Bauvertrag normiert. Gesetz und Vertrag streben danach Verhaltensmuster zu normieren und potentielle Spannungsfelder und Konfliktlagen, d.h. Eskalationsszenarien, klärend zu regeln. Daher versteht diese Dissertation Eskalationsmodelle genau in jener Weise, nämlich potentielle Eskalationsfelder und Konfliktlagen durch die gesetzliche und/oder vertragliche Modellierung der Möglichkeiten ihrer Eskalation und Deeskalation klärend und abschließend zu regeln und dadurch zu befrieden.

¹¹ Duden online unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/Eskalation>

¹² Duden online <https://www.duden.de/rechtschreibung/Deeskalation>

¹³ Wikipedia online <https://de.wikipedia.org/wiki/Eskalation>

IV. Gesetzliche Eskalationsmodelle für den Bauvertrag nach deutschem Recht

1 Gesetzliche Eskalationsmodelle durch Bereitstellung von gesetzlichen Verfahren

Nach § 13 GVG sind bürgerliche Rechtsstreitigkeiten durch die ordentliche Gerichte, nach § 40 Abs. 1 VwGO öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit zu entscheiden. Im Themenfeld des Bauens ist eine Zuordnung mitunter schwierig. Auch öffentlich-rechtliche Stellen, Behörden und Körperschaften bauen oder lassen bauen, sehen diesbezügliche Prüfungen und Genehmigungen vor, erheben Kosten, (ver-)kaufen oder enteignen Grundstücke zum Zweck des Bauens, lassen Baugebiete planen und erschließen usw.. Maßgeblich für die Zuordnung als öffentlich-rechtliche oder bürgerlich-rechtliche Streitigkeit ist ausschließlich dem sich aus dem Vortrag des Klägers ergebende Streitgegenstand¹⁴, wohingegen die Einwendungen der/des Beklagten insoweit unbeachtlich sind¹⁵. Bestreitet der Beklagte allerdings die klägerseitig vorgetragene, ausschließlich den Rechtsweg begründenden Tatsachen, so hat der Kläger diese zu beweisen¹⁶. Bei sog. „doppeltrelevanten Tatsachen“, d.h. zuständigkeitsbegründenden Tatsachen, die zugleich auch notwendige Tatbestandsmerkmale des Anspruchs selbst sind¹⁷, wird selbst im Bestreitensfall die Richtigkeit des klägerischen Vortrags im Rahmen der Zulässigkeit unterstellt, und lediglich im Rahmen der Begründetheit unter dem Risiko der „Abweisung als unbegründet“ überprüft.¹⁸

Der entsprechend zugrunde zu legende Streitgegenstand richtet sich stets nach der wahren Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird¹⁹. Bildet gar ein Vertrag, den sowohl das Zivilrecht (§§ 311 ff BGB) als auch das Öffentliche Recht (§§ 54 ff VwVfG) kennen, die Grundlage des streitgegenständlichen Anspruchs, so wird überwiegend darauf abgestellt, was im jeweiligen Einzelfall diesem Vertrag sein Gepräge, seinen Schwerpunkt gibt²⁰. Weisen die vorstehenden Überlegungen den Weg ins Zivilrecht, so findet ein Rechtsstreit als zivilrechtliche Streitigkeit ihren Fortgang, weisen sie ins Öffentliche Recht, liegt eine (im Rahmen dieser Dissertation nicht zu betrachtende) öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor. Im Rahmen des Zivilrechtlichen kann man sich derjenigen gesetzlichen (De-)Eskalationsmodelle wie bspw. Schiedsverfahren oder gerichtliche Wege, bedienen, die einseitig herbeigeführt werden können, oder derjenigen, die zunächst eine einleitende, einvernehmliche Entscheidung der Beteiligten benötigen, den bereitgestellten Weg überhaupt einschlagen zu wollen.

¹⁴ BGHZ 29, 187; BGHZ 56, 365, 367; BGH, NJW 1972, 585; NJW 1978, 1860; OLG Frankfurt, NJW 2018, 3789; VGH München, BayVerwBl. 1994, 600, Werner / Pastor, Der Bauprozess, 17. Auflage 2020, Rn. 369

¹⁵ BGH, NJW 1985, 2820 [BGH 24.06.1985 - III ZR 219/83]; OLG Nürnberg, OLGR 2009, 473; Zöller/Lückemann, § 13 GVG, Rn. 54, Werner / Pastor, a.a.O

¹⁶ Vgl BGHZ 183, 49, Werner/Pastor, Rn 361

¹⁷ Vgl BGHZ 183, 49, Werner/Pastor, Rn. 361

¹⁸ BGHZ 183, 49, 55, Rn. 14, BGHZ 7, 184, 186; 124, 237, 240 f.; BGH NJW 1964, 497, Werner/Pastor, Rn. 361

¹⁹ Zöller/Lückemann, § 13 GVG, Rn. 4 m.w.Nachw., Werner/Pastor Rn. 362 m.w.Nachw.

²⁰ Zöller/Lückemann, a.a.O. Rn. 27 m.w.Nachw., Werner/Pastor Rn. 362 f

1.1 Die baurechtliche Streitigkeit vor den Gerichten

Es ist ein sehr häufiger und auch in der Wahrnehmung naheliegender Weg, eine bauvertragliche Streitigkeit in einem Verfahren eines staatlichen Gerichts eskalieren zu lassen. Maßgeblich sind in Deutschland dafür bspw. das Gerichtsverfassungsgesetz und die Zivilprozessordnung. Insoweit könnte man also zunächst irrig davon ausgehen, diese baurechtlichen Streitigkeiten seien in Einleitung und Abwicklung wie alle anderen zivilrechtlichen Dispute vor Gericht identisch gelagert und würden daher keine Besonderheiten aufbieten. Das Gegenteil ist der Fall!

In der baurechtlichen Praxis haben sich nämlich typische Schwerpunktsetzungen und Besonderheiten herausgebildet, die nachfolgend und aufgrund des Promotionsthemas betrachtet werden. Gerade in der rechtsberatenden Tätigkeit zwingen diese Typika schon früh, bspw. in der Vertragsgestaltung und Vertragsverhandlung Eskalationsszenarien vorherzusehen, deren Verlauf abzuschätzen und anhand dieser Einschätzungen gerade für diese Typika vertragliche Festlegungen zu treffen oder bau-/streitbegleitend Maßnahmen zu ergreifen oder zu unterlassen.

Gerade die Entscheidung, sich für eine mögliche Eskalation auf den Gerichtsweg festzulegen, wird in der baurechtlichen Praxis schon früh getroffen, nämlich in Form einer vertraglichen Gerichtsstandsvereinbarung gem. §§ 38-40 ZPO als Bestandteil des Werkvertrags. Der Verfasser lässt sich bspw. dabei von Hintergrundüberlegungen leiten wie:

- welche Vollstreckungsmöglichkeiten und -chancen hätte man mit einem gewonnenen Titel?
- welcher Gerichtsstand kommt in Betracht?
- hat das zugehörige Oberlandesgericht/Kammergericht eine ausgewiesenes baurechtliches Profil, das auf die Untergerichte abstrahlt?
- hat die mögliche Erstinstanz eine bekannte baurechtliche Kompetenz und ist diese eher (sofern die Erstinstanz ein Landgericht ist) bei einer allgemeinen Kammer oder der Kammer für Handelssachen angesiedelt?
- wie technik-affin sind die Kammern?
- sind die Gerichte im selben Staat angesiedelt, dessen materielles Recht auf den potentiellen Streitfall anwendbar ist?

Zunächst ist im Rahmen des Promotionsthemas auf die Typika in diesem Lichte einzugehen.

Im Anschluß ist dann auf die bauspezifischen Ausgestaltungen einzugehen:

Auf der Grundlage der allgemeinen Entscheidung, sich im Eskalationsfall an die Zivilgerichte zu wenden, haben sich nämlich in der baurechtlichen Praxis Bedürfnisse an der Bereitstellung typischer Eskalationswege, aufgehängt an typischen, häufig wiederkehrenden Problemerkissen ergeben, die ihre Ausformung und Ausgestaltung im Gesetz gefunden haben. Anzusprechen sind dabei neben der zivilrechtlichen Klage das selbständige Beweisverfahren §§ 485 ff ZPO, das Güttverfahren § 278 ZPO, die Mediation nach dem Mediationsgesetz oder gem. §§ 278, 278 a ZPO, die Schlichtung gem. § 15a EGZPO und der einstweilige Rechtsschutz mit der besonderen Ausgestaltung für dem Bauvertrag gem. § 650d BGB.

1.2 Die zivilrechtliche Klage nach GVG und ZPO

1.2.1 Allgemeines

Leitend in der Praxis ist die Einschätzung, auf welchem gerichtlichen Weg man seine Interesse erfolgreich umzusetzen glaubt. Dabei wäre es ein Fehlverständnis, als Erfolg den Erhalt eines Vollstreckungstitels infolge eines Erkenntnisverfahrens anzusehen. Erfolg liegt tatsächlich regelmäßig erst dann vor, wenn man den titulierten Anspruch auch tatsächlich realisiert hat.

Gerade dann, wenn die Titulierung bspw. wegen Insolvenz eines Vollstreckungsschuldners nicht zur Realisierung der Forderung führt oder wenn bspw. schon die Anerkennung des Titels zur Vollstreckung im Ausland nicht gegeben ist und daher die Realisierung des titulierten Anspruchs scheitert, ist dieses Verständnis offenkundig. Wer will schon einen „Titel ohne Mittel“?

In der Praxis empfiehlt es sich daher, schon in der Gestaltung des Bauvertrags und damit vor dem Auftreten einer tatsächlichen Streitigkeit die Wege zu Gericht (oder auch vom Gericht weg hin zu einer alternativen (De-) Eskalationsstrategie) zu lenken. Es ist weiterhin ratsam, diesen Weg insgesamt und (von der chronologischen Abwicklung her betrachtet) von hinten nach vorn zu denken; d.h. sich schon vor Vertragsschluss über die Bonität, die Vermögenswerte des Vertragspartners und der Lokalisierung im In- oder Ausland zu informieren (typisch in Unternehmen als Teil des Risk Assessments), daraus abzuleiten, wo Vollstreckungen evtl. stattfinden könnten, welche Titel dort vor Ort realisierbar wären und welche Gerichte man befassen kann, um zu einem solchen validen Titel zu gelangen. Erst am Ende dieser Überlegungskette steht dann die Wahl des Gerichts, insbesondere zur örtlichen Zuständigkeit.

Hier setzen die Abwägungen zu gerichtlichen Zuständigkeiten oder zur Ausformung einer Gerichtsstandsvereinbarung anhand der jeweiligen Prozessordnung ein.

Für innerhalb Deutschlands erlangte und innerhalb des Geltungsbereichs der „Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen“ zu vollstreckende Titel vereinfachen sich solche Überlegungen gerade für die Phase der Vollstreckung in der Praxis regelmäßig. Die praktischen und nur im konkreten Einzelfall zu beantwortenden Fragen der baurechtlichen Expertise und Technikkaffinität der in Betracht kommenden Gerichte und dortigen Kammern (s.o. 1.1) verbleiben aber in jedem Fall.

Was man schon an dieser Stelle hervorheben sollte ist, dass die deutschen Gerichte international einen guten Ruf haben²¹, als fachlich bestens qualifiziert gelten²², vorzeigbare Verfahrensdauern haben – auch in Ansehung der Schiedsgerichtsbarkeit²³. Insgesamt sind dies gute Argumente, sich der staatlichen Gerichtsbarkeit anzuvertrauen.

1.2.2 Gesetzliche Gerichtsstände

²¹ Vgl. MüKoZPO/Rauscher, 6. Aufl. 2020, Einl. Rn. 6 ZPO 1 Randnummer 233; Stürner JZ 2019, 1122, Diekmann NJW 2021, 605

²² Diekmann a.a.O.

²³ Diekmann a.a.O., Vgl. das „2020 EU Justice Scoreboard“ unter https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2020_eu_justice_scoreboard_factsheet.pdf, der ICC Court in Paris gibt die durchschnittliche Verfahrensdauer bis zu einem Schiedsspruch für das Jahr 2019 mit 26 Monaten an.

1.2.2.1 Allgemeiner Gerichtsstand § 12 ZPO

Sofern kein ausschließlicher Gerichtsstand kraft Gesetzes begründet ist, kann ein baurechtliches Verfahren stets am allgemeinen Gerichtsstand des Klagegegners/Beklagten/Antragsgegners eingeleitet werden (§ 12 ZPO). Dieser allgemeine Gerichtsstand ist bei Personen der Wohnsitz (§ 13 ZPO), bei juristischen Personen, aber auch alle parteifähigen Personenvereinigungen ohne eigene Rechtspersönlichkeit, Personenhandelsgesellschaften, Wohnungseigentümergeinschaften (mit der Einschränkung durch den ausschließlichen Gerichtsstand gem. § 43 Nr. 5 WEG) und die BGB-Außengesellschaften²⁴ deren jeweiliger Sitz (§ 17 ZPO). Dieser allgemeine Gerichtsstand ist sehr häufig anzutreffen – in der Praxis der Bauprojekte oft dann, wenn zwischen den Verfahrensparteien keine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung besteht oder überhaupt kein Vertrag besteht.

Ebenso besteht aber die praktische Gefahr dieser Zuweisung gerade in der ersten Instanz, weil sie dazu führen würde, auf Gerichte und Richter zu treffen, die nicht die für die Einordnung des Streits und die für die Veranlassung erforderlicher Verfahrensschritte notwendige baurechtliche Expertise und/oder Technikaffinität haben. Ebenso besteht die Gefahr, dass das zugehörige Obergericht unter den selben Mali leidet und/oder für den Kläger/Antragsteller ungünstige Rechtsauffassungen vertritt.

Des weiteren hat dieses Gericht oft für einen Kläger nur geringen Charme, weil es dem Gegner ein „Heimspiel“ verschafft, dessen Einfluß bspw. dann in der Praxis wahrnehmbar ist, wenn ein beklagtes Unternehmen lokal ein wichtiger und prägender Arbeitgeber und Wirtschaftsfaktor und daher lokal sehr positiv verwurzelt ist.

Der allgemeine Gerichtsstand ist mitunter ein Gerichtsstand aus Not oder mangels Alternative, aber keiner der ersten, weil besten Wahl.

1.2.2.2 Gerichtsstand des Erfüllungsorts § 29 ZPO

So wie materiell-rechtlich grundsätzlich die Rechtsverhältnisse getrennt voneinander betrachtet werden und lediglich ausnahmsweise auf flankierende Vertragsverhältnisse abstrahlen (bspw. §§ 641 II (Fälligkeit von Zahlungen in der Vertragskette), 445a, 445b BGB (Lieferantenregreß)),

so wie prozessual allenfalls über §§ 66 ff ZPO (Nebenintervention), 72 ff ZPO (Streitverkündung) abstrahlende Wirkung (vgl. §§ 68, 74 ZPO) in flankierende Vertragsverhältnisse entfaltet wird,

so sehr ist die Baurealität eine andere und meist, gerade in Bauprojekten im B2B-Bereich komplexer. Die Zahl handelnder Akteure und damit auch von Parteien des Gerichtsverfahrens steigt rapide, wenn bspw. Eigentümergeinschaften, Architekten, selbständige Bauleitungsunternehmen, projektbegleitende Anwaltskanzleien oder baubetriebliche Berater, Generalunternehmer, Unternehmer und deren Nachunternehmer und Lieferanten, Sicherheitsingenieure, Statiker, Fachplaner etc. beteiligt werden.

²⁴ Zöller/Schulzky § 17 ZPO Rn. 5, Werner/Pastor Rn. 374, Ingenstau/Korbion-Joussen § 18 Abs. 1 VOB/B Rn. 9

Dem steht das Interesse gegenüber, Streitige Sachverhalte mit breit angelegter Wirkung durch einen einzigen Entscheider einheitlich zu klären. Hier kann der Gerichtsstand des Erfüllungsortes § 29 ZPO zumindest teilweise helfen. Was die Baubeteiligten in aller Regel, aber nicht zwingend ein, ist die Örtlichkeit, an der die Streitige Leistungspflicht des jeweiligen Vertrags, deren Verletzung gerügt wird²⁵, zu erbringen ist. Hieran knüpft § 29 ZPO, indem gerade dieser Ort zum dortigen Anknüpfungspunkt gemacht wird²⁶, genauer gesagt an den nach materiellem Recht zu bestimmenden Erfüllungsort²⁷. Allerdings findet der Wunsch nach Zusammenführung an einem einheitlichen Gericht seine Grenzen bereits in der Norm selbst:

- Der Erfüllungsort bestimmt sich für jedes Streitgegenständliche Rechtsverhältnis separat. Die Vereinheitlichung ergäbe sich also nur aus der Ortsgleichheit der Gerichtsstände. Gerade bei größeren Bauprojekten besteht nach Erfahrung des Verfassers aber eine zunehmende Internationalisierung der Baubeteiligten, die sich sowohl in unterschiedlichem materiellem Recht wie auch in unterschiedlichen Erfüllungsorten niederschlägt. Bspw. sind gerade Planungsleistungen heute nicht mehr ortsgebunden. Der Verfasser hatte im Rahmen seiner Berufspraxis bspw. Projekte im Oman, bei denen die Planung in Ägypten erstellt wurde, ähnliches für Projekte in Finnland, bei denen Planer in China, Hongkong und USA tätig waren. Das setzt der Vereinheitlichung an einem einzigen Forum Grenzen.
- Der Erfüllungsort beurteilt sich im deutschen Recht präzise nach dem Erfüllungsort der Streitgegenständlichen Leistung, weshalb es gerade bei gegenseitigen Verträgen wie Bauverträgen keinen einheitlichen Erfüllungsort gibt - selbst im Rahmen eines einzigen Rechtsverhältnisses²⁸.
- Die Internationalisierung der Projekte verleitet zu einem falschen Verständnis des § 29 ZPO.

Denn das internationale Prozessrecht kann zu divergierenden Ergebnissen führen: Art. 7 Nr. 1 EuGVVO²⁹ (bindend innerhalb der EU-Mitgliedsstaaten einschließlich Dänemarks) sowie Art. 5 Nr. 1 Lugano-Übereinkommen (bindend zwischen den EU-Staaten, der Schweiz, Norwegen und Island)³⁰ ermitteln den Erfüllungsort autonom aus dem Vertragsstatut heraus³¹.

Für die EuGVVO hat der Europäische Gerichtshof festgestellt, „*dass unter dem Erfüllungsort, wenn Dienstleistungen an mehreren Orten in verschiedenen Mitgliedstaaten erbracht werden, grundsätzlich der Ort zu*

²⁵ BGH NJW-RR 2013, 309, Rn. 14 mwN

²⁶ Anders/Gehle/Bünnigmann ZPO § 29 Rn. 2, BeckOK ZPO/Toussaint ZPO § 29 Rn. 28

²⁷ BGH NJW-RR 2013, 309, Rn. 13

²⁸ BGH NJW-RR 2013, 309 Rn. 13 a.E. mwN, Werner/Pastor Rn. 376,

²⁹ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, (Neufassung), (ABl. L 351 S. 1, ber. 2016 L 264 S. 43), zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndVO (EU) 2015/281 vom 26.11.2014 (ABl. 2015 L 54 S. 1)

³⁰ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, vom 30. Oktober 2007, ABl. 2009 L 147 S. 5, ber. 2009 L 147 S. 44, 2011 L 11

³¹ Werner/Pastor Rn. 382, für die EuGVVO: st. Rspr. EuGH NJW 2020, 552 Rn.41, EuGH NJW 2018, 2105, 2107, Rn. 58, BeckOK ZPO/Thode Brüssel Ia-VO Art. 7 Rn. 15a zum Zweck der Vereinheitlichung innerhalb der EU, für das LugÜ: BGH NZBau 2001, 333, III 1, Protokoll Nr. 2 zum LugÜ, Präambel

verstehen ist, an dem die engste Verknüpfung zwischen dem Vertrag und dem zuständigen Gericht besteht, wobei dies im Allgemeinen der Ort der hauptsächlichen Leistungserbringung sein wird (vgl. idS EuGH, ECLI:EU:C:2009:439 = NJW 2009, 2801 Randnummer 35, 38 – Rehder und EuGH, ECLI:EU:C:2010:137 = NJW 2010, NJW 2010, 1189 Randnummer 33 – Wood Floor Solutions Andreas Domberger). Dieser Ort ist nach Möglichkeit aus den Bestimmungen des Vertrags selbst abzuleiten (EuGH, ECLI:EU:C:2010:137 = NJW 2010, 1189 Rn. Randnummer 38 – Wood Floor Solutions Andreas Domberger).“

Dieses Abstellen auf einen einheitlichen Schwerpunkt des Vertrags wäre mit § 29 ZPO nicht vereinbar³², insbesondere bei gegenseitigen Verträgen³³. Allenfalls kann eine Annäherung über § 269 BGB erfolgen, sofern sich der Erfüllungsort aus dem dortigen Tatbestandsmerkmal „Natur des Schuldverhältnisses“, also aus Verkehrssitte, Handelsbrauch, örtlichen Gepflogenheiten, vertragspezifischen Merkmalen oder schlicht aus der Art der Leistung³⁴ entwickeln lässt.

Für das Luganer Übereinkommen werden die Grundsätze der EuGVVO übernommen. Zwar hat der EuGH insoweit keine Auslegungszuständigkeit³⁵; aber nach dem zwischen den vertragsschließenden Staaten angefertigten Protokoll Nr. 2 zu dieser Vereinbarung besteht die darin selbst gesetzte Vorgabe:

„DIE HOHEN VERTRAGSPARTEIEN

....

-IN DEM BESTREBEN, bei voller Wahrung der Unabhängigkeit der Gerichte voneinander abweichende Auslegungen zu vermeiden und zu einer möglichst einheitlichen Auslegung der Bestimmungen dieses Übereinkommens und der Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 44/2001, die in ihrem wesentlichen Gehalt in das vorliegende Übereinkommen übernommen worden sind, sowie der anderen in Artikel 64 Absatz 1 dieses Übereinkommens genannten Rechtsinstrumente zu gelangen - SIND WIE FOLGT ÜBEREINGEKOMMEN:“³⁶

Abhängig vom Einzelfall kann sich also im Rahmen der EuGVVO oder des LugÜ ein völlig anderer Erfüllungsort ergeben, als er für § 29 ZPO maßgeblich wäre. Diese Fehleinschätzung gilt es zu vermeiden.

³² BGH NJW 2012, 860, Rn. 14 a.E., BGHZ 157, 20, 25 = NJW 2004, 54; BGH NJW 1988, 966, 967, Anders/Gehle/Bünnigmann ZPO § 29 1,

³³ BGH NJW-RR 2007, 778; NJW-RR 2013, 309, Anders/Gehle/Bünnigmann ZPO § 29 1

³⁴ BeckOK BGB/Lorenz BGB § 269 Rn. 17

³⁵ BGH NZBau 2001, 333, III 1 a, Kropholler, Europäisches ZivilprozessR, 6. Aufl., Einl. Rn. 59; Geimer/Schütze, Europäisches ZivilverfahrensR, Einl. Rn. 88

³⁶ PROTOKOLL 2 über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens und den ständigen Ausschuss, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Union vom 21.12.2007, L 339/27 ff., Präambel letzter Anstrich,

Im Ergebnis kann also eine Zusammenführung unterschiedlicher Streitparteien unter einem gemeinsamen Erfüllungsort denkbar sein und man mag aus dieser Vereinheitlichung Vorteile ziehen. Die Herausforderung wird darin liegen, alle intendierten Beteiligten unter diesem einheitlichen „Dach“ des Erfüllungsorts zusammenbringen zu können.

Erreicht man es zumindest, die wichtigsten Parteien unter diesem Dach zusammenzuführen, können die Instrumente der Nebenintervention §§ 66 ff ZPO bzw. der Streitverkündung §§ 72ff ZPO eine weitergehende Vereinheitlichung bewirken. Das Zusammenspiel des Gerichtsstandes des Erfüllungsorts § 29 ZPO und dieser Instrumente führt insgesamt zu einem für viele Fälle guten und tauglichen Ansatz der einheitlichen Zusammenführung von Streitigkeiten.

Nicht zuletzt darf ein materiell-rechtlicher Vorteil in diesem Zusammenhang nicht übersehen werden:

Die Vereinbarung eines Erfüllungsortes schafft nicht nur im Rahmen des § 29 II ZPO einen Gerichtsstand, sondern führt zudem für den materiell-rechtlichen Anspruch auf Nachbesserung zu einer gerne übersehenen Klärungsmöglichkeit. Denn materiellrechtlich kommen grundsätzlich als Erfüllungsort im Gewährleistungsfall der Ort der Baustelle³⁷, der Ort der ursprünglichen Leistungspflicht³⁸ oder Ort, an dem sich die Leistung bestimmungsgemäß befindet³⁹ (auch „Belegenheitsort“ genannt), in Betracht. Dies mag zu erheblichen Unterschieden führen, bspw. wenn der Ort der ursprünglichen Erfüllung im Inland, aber nicht am Ort der ursprünglichen Baustelle gelegen war, aber die Sache schließlich mit Wissen aller Vertragsparteien abgebaut und an einen dritten Ort verbracht wurde⁴⁰.

1.2.3 Commercial Courts in Baden-Württemberg und Hessen, Quality Law NRW, Hamburg

In den Bundesländern Baden-Württemberg, Hessen, Hamburg und Nordrhein-Westfalen gibt es Ansätze zur Internationalisierung der Gerichte.

Baden-Württemberg

In Baden-Württemberg wurden im November 2020 im Vorgriff auf gesetzgeberische Bemühungen, die Einrichtung von internationalen Kammern für Handelssachen zu ermöglichen⁴¹, spezialisierte Kammern bei den

³⁷ BeckOK BGB/Voit, 63. Ed. 1.5.2022, BGB § 635 Rn. 9

³⁸ Unberath/Cziupka JZ 2008, 867 f

³⁹ BGH NJW-RR 2008, 724, 725, Kniffka IbrOK BauVertrR/Krause-Allenstein, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 635 Rn. 12

⁴⁰ Aus eigener Erfahrung des Unterzeichner bspw.: Werkvertragliche Leistungen in Augsburg erbracht und im Werk des Unternehmers getestet (sog. Factory Acceptance Test FAT), darunter erhebliche Individualsoftware = Erfüllung des Werkvertrags, später dann (in jeweils separaten Verträgen unter Prolongierung der Gewährleistung) Verbringung zum Auftraggeber, Aufbau und Gesamttest im Werk des AG im Zusammenspiel mit den von anderer Seite bereitgestellten oder vorhandenen Produktionsanlagen, dann in eigenständigem Vertrag (wieder unter Prolongierung der Gewährleistung) Abbau und Verbringung in die USA.

⁴¹ BR Drucksache 19/1717, Diekmann a.a.O Rn. 4, erneuter Gesetzentwurf des Bundesrats vom 11.3.2022 (BR-Drs. 79/22),

Landgerichten Stuttgart und Mannheim sowie Rechtsmittelsenate beim OLG Karlsruhe und OLG Stuttgart als Commercial Courts of Appeal (Berufungsinstanz) eingerichtet, um eine durchgängige Spezialisierung im Instanzenzug zu gewährleisten.

Eine Verhandlungsführung in Englisch wie auch die Einreichung von englischsprachigen Dokumenten ist möglich, den Richtern wird eine herausragende Kenntnis in Wirtschaftsrecht zugeschrieben. Man betont die besondere personelle und Sachausstattung zu einer besonderen und schnellen Förderung des Rechtsstreits, die Möglichkeit zu frühen Organisationsterminen (case management conference), die Besprechung per Videokonferenz und die zeitnahe Verhandlung oder Beweisaufnahme am Stück, ggf. mehrtägig⁴².

Aktuell sind diese Commercial Courts jedoch nur in begrenzten Sachgebieten tätig⁴³:

Stuttgart Commercial Court:

- Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Kauf von Unternehmen oder Unternehmensanteilen
- Streitigkeiten aus beiderseitigen Handelsgeschäften mit einem Streitwert ab 2 Millionen Euro
- gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten

Mannheim Commercial Court:

- Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Kauf von Unternehmen oder Unternehmensanteilen
- Streitigkeiten aus beiderseitigen Handelsgeschäften
- gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten
- Streitigkeiten aus Bank- und Finanzgeschäften
- jeweils ab einem Streitwert von 2 Millionen Euro

Der Bauvertrag wird allenfalls dem beiderseitigen Handelsgeschäft gem. § 95 ZPO zuzuordnen sein, was einige Streitkonstellationen an der Partei-Eigenschaft scheitern lassen wird. Ebenso beachtlich ist der Mindeststreitwert von 2 Millionen Euro – eine merkliche Hürde.

Hessen, Hamburg

Auch in Hessen wurde im Wege der Justizinitiative Frankfurt am dortigen Landgericht eine spezialisierte „Chamber for Commercial Disputes“ eingerichtet⁴⁴, in Hamburg eine beim dortigen Landgericht.

Nordrhein-Westfalen

In Nordrhein-Westfalen geht man dagegen einen etwas anderen Weg, nämlich den der Bündelung von Spezialmaterien an bestimmten Gerichten unter dem

⁴² Details jeweils aktuell unter commercial-court.de

⁴³ <https://commercial-court.de/standorte>

⁴⁴ Eingehend dazu: Burkhard Hess & Timon Boerner, Chambers for International Commercial Disputes in Germany: The State of Affairs, Hess/Boerner ELR 12 (2019), 33 (34 ff.)

Leitbild „Quality law NRW“⁴⁵. Tatsächlich gebündelt hat man dort bislang aber nur wie folgt⁴⁶:

- Streitigkeiten aus dem Bereich "**Unternehmensverkäufe und -transaktionen**" mit Streitwert über 500.000 Euro werden bei dem **Landgericht** und **Oberlandesgericht Düsseldorf** verhandelt.
- Streitigkeiten aus dem Bereich "**Informationstechnologie und Medientechnik**" mit Streitwert über 100.000 Euro fallen in die alleinige Zuständigkeit des **Landgerichts** und **Oberlandesgerichts Köln**.
- Streitigkeiten aus dem Bereich "**Erneuerbare Energien**" mit Streitwert über 100.000 Euro bearbeiten die **Landgerichte Essen** und **Bielefeld** bzw. das **Oberlandesgericht Hamm**.

Bauverträge fallen nicht darunter.

Angesichts der vorgenannten Ausformungen stellt sich die Frage nach der praktischen Akzeptanz und dem Warum⁴⁷ dieser besonderen Commercial Courts bzw. Spezialisierungsbündelungen. Für Bauverträge ist nach den Erfahrungen des Verfassers diese besondere Ausgestaltung der Entscheidung durch staatliche Gerichte nicht angekommen. Für den Commercial Court Stuttgart sind bereits Zahlen aus dem ersten Jahr der Tätigkeit bekannt und lassen an der Akzeptanz zweifeln: In 2021 wurden dort acht Verfahren verhandelt. Drei wurden bereits abgeschlossen, eines durch Abgabe, eines durch Vergleich und eines nach Durchführung einer Beweisaufnahme durch Urteil⁴⁸. Das vermag jedoch keine Aussage über die (Un-)Tauglichkeit des allgemeinen Wegs zu den staatlichen Gerichten zu treffen.

1.2.4 Mahnverfahren nach deutschem Recht §§ 688 ff ZPO

In der bauvertraglichen Praxis B2B hat das Mahnverfahren eine geringe Bedeutung. Nach Erfahrung des Verfassers wird Mahnbescheiden fast schon reflexartig widersprochen § 694 ZPO, gegen Vollstreckungsbescheide Einspruch eingelegt § 700 ZPO. Es erfolgt dann die Abgabe an das im Mahnantrag bezeichnete Gericht § 700 III ZPO, im Falle des Widerspruchs erst auf Antrag des Antragsstellers § 696 I ZPO. Man ist dann auf den Stand, den man hätte, wenn man sofort Klage erhoben hätte. In der bauvertraglichen Praxis stellt sich das Mahnverfahren als vermeidbarer Zeitverlust in der Rechtsverfolgung dar und hat ein geringes Aufkommen.

⁴⁵ <https://www.justiz.nrw/JM/qualitylaw>

⁴⁶ <https://www.justiz.nrw/JM/qualitylaw/index.php>

⁴⁷ Eingehend und kritisch: Riehm/Thomas, Deutschlands „Commercial Courts“ auf dem Prüfstand, NJW 2022, 1725, insbesondere Rn. 34, Diekmann, a.a.O., Rn. 5, Köhler/Hudetz BB 2020, 2179

⁴⁸ von Westphalen „Da verändert sich was – Ein Jahr „Commercial Court“ in Stuttgart“, Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht IWRZ 2022, 96

1.2.5 Europäische Verfahren

In Ergänzung der nationalen Regelungen gibt es noch drei europäische Normungen, die als Verordnungen auf der Grundlage von Art. 288 II des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV, Vertrag von Lissabon v. 13.12.2007, ABI. C 306 S. 1) allgemeine Geltung haben, in allen Teilen verbindlich sind und unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat der EU gelten.

1.2.5.1 Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens

Von vornherein gilt dieses Verfahren nur für bezifferte Geldforderungen (Art. 4 der Verordnung), was die meisten Streitpotentiale der bauvertraglichen Praxis (bspw. Leistung, Leistungsmodifikationen, Mängel) ausschließt.

Wie auch im Mahnverfahren nach §§ 688 ff ZPO kann gegen einen solchen Mahnantrag Einspruch eingelegt werden (Art. 16 der Verordnung), wonach das Verfahren vor dem Gericht des Ursprungsstaats weitergeführt wird (Art. 17 der Verordnung). Hier gelten dieselben Anmerkungen wie zum nationalen Mahnverfahren (siehe 1.2.4). In der Praxis des Verfassers finden sich eigentlich keine solchen Mahnverfahren. Die wenigen, bislang aktiv betriebenen Verfahren weisen eine nicht unbeachtliche Verfahrensdauer auf und sind bislang alle über der Langwierigkeit und Umständlichkeit des Verfahrens versandt.

In aller Regel geht man lieber den Weg zu Gericht (am besten unterlegt durch eine Gerichtsstandsvereinbarung) oder Schiedsgericht.

1.2.5.2 Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen

Der Anwendungsbereich dieser Verordnung definiert sich in Art. 2 I der Verordnung wie folgt:

„Diese Verordnung gilt für grenzüberschreitende Rechtssachen in Zivil- und Handelssachen, ohne dass es auf die Art der Gerichtsbarkeit ankommt, wenn der Streitwert der Klage ohne Zinsen, Kosten und Auslagen zum Zeitpunkt des Eingangs beim zuständigen Gericht 2.000 EUR nicht überschreitet.“

Die Geringfügigkeitsschwelle von 2.000 Euro wird in der bauvertraglichen Praxis regelmäßig überschritten, so dass dieses Verfahren im Bereich dieser Dissertation praktisch keine Rolle spielt.

1.2.5.3 Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen

Diese Verordnung gilt nach ihrem Art. 3 nur für die Vollstreckung aus titulierten, unbestrittenen Forderungen. Die durch Art. 3 II der Verordnung als „unbestrittene Forderungen“ genannten Fälle finden sich in der bauvertraglichen Praxis nicht. Geht man vor Gericht, wird über die rechtshängigen Forderungen auch gestritten.

1.2.6 Gerichtsstandsvereinbarungen §§ 38 ff ZPO, § 18 Abs. 2 VOB/B

1.2.6.1 § 38 ff ZPO

Die Schwäche der vorstehend genannten Gerichtsstände, nämlich die Schwierigkeit, alle Beteiligten einheitlich und sofort bindend unter dem Dach eines einheitlichen, kompetenten gerichtlichen Forums zu versammeln, kann allerdings behoben werden, wenn man es erreicht, mit allen Beteiligten einen einheitlichen Gerichtsstand zu vereinbaren §§ 38ff ZPO, indirekt aber auch darüber, dass man mit allen Beteiligten einen einheitlichen Erfüllungsort ausdrücklich vereinbart § 29 Abs. 2 ZPO.

Es ist gerade im Bauvertrag, bei dem keine Verbraucher beteiligt sind, ein regelmäßig anzutreffendes Instrument – auch im internationalen Bereich; so lassen bspw. Art. 25 EuGVVO, Art. 17 LugÜ oder auch das Haager Übereinkommen vom 30.06.2005 über Gerichtsstandsvereinbarung (HGÜ, aktuell bindend zwischen 65 Staaten)⁴⁹ solche Vereinbarung ausdrücklich zu. Allerdings gilt dies nur bei Vorliegen der jeweils bestehenden prozessrechtlichen Voraussetzungen: für §§ 38 ff ZPO müssen die Vertragsparteien dafür Kaufleute, juristische Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtliche Sondervermögen sein.

Zuordnungsprobleme schaffen daher die Gruppen des Zusammenschlusses freier Berufe und der Gesellschaften des Bürgerlichen Rechts. Probleme schafft auch, dass die Gerichtsstandsvereinbarung tatsächlich in ihrer Reichweite limitierter ist, als man es in der Praxis wahrnimmt.

Freie Berufe

Dies schafft jedenfalls dort Probleme, wo in den Streit Angehörige freier Berufe eingebunden werden sollen (bspw. projektbegleitende Anwälte, Architekten) oder auch bei der Beteiligung von Ingenieuren (in der Praxis häufig als Fachplaner gerade in speziellen Technologien), wobei gerade bei letztgenannten die Zuordnung als freiberuflich Tätige streitig ist⁵⁰ und diese Anfälligkeit durch Streitigkeit schon dem Bestreben der gesicherten Vereinheitlichung unter einem Dach entgegensteht. In der Praxis wird man häufig antreffen, dass sich die freien Berufe in Partnerschaftsgesellschaften nach dem PartGG zusammenfinden. Dennoch erfüllen diese die Kaufmannseigenschaft § 38 ZPO i.V.m. § 1 HGB nicht, weil sie gem. § 1 Abs. 1 Satz 2 PartGG kein Handelsgewerbe ausüben.

⁴⁹ Aktueller Status der Vertragsstaaten siehe <https://www.hcch.net/de/states/other-connected-parties>

⁵⁰ OLG Zweibrücken NJW-RR 2013, 241, Werner/Pastor Rn 370

Allerdings ist in der Praxis in der Regel kein vertieftes Problembewußtsein an dieser Stelle anzutreffen, so dass in aller Regel die Zuständigkeit durch rügelose Einlassung gemäß § 39 ZPO (ebenso: Art. 26 EuGVVO) eingreift – bestärkt durch den Umstand der fehlenden Hinweispflicht vor den Landgerichten⁵¹, den aufgrund der gängigen Streitwerte in bauvertraglichen Streitigkeiten regelmäßig zuständigen erstinstanzlichen Gerichten § 71 GVG.

Auch hier erscheint es deshalb empfehlenswert, mit den Instrumenten der Nebenintervention §§ 66 ZPO bzw. der Streitverkündung §§ 72 ff ZPO zu flankieren.

Gesellschaften des Bürgerlichen Rechts §§ 705 ff BGB

Immerhin dürfte ein weites Problemfeld mittlerweile erledigt sein: häufig sind Gesellschaften des Bürgerlichen Recht §§ 705 ff BGB, in der Regel als Zusammenschlüsse mehrerer Unternehmen zur Angebotslegung und Abwicklung von Bauprojekten. Sie sind unter anderen Namen wie bspw. „Bietergemeinschaft“ (kurz: BIEGE), „Arbeitsgemeinschaft“ (kurz: ARGE) oder „Konsortium“ geläufiger. Die Rechtsprechung hat jedenfalls dann, wenn diese im Rechtsverkehr als solche unter einheitlicher Organisation auftreten, ein eigenes Gesellschaftsvermögen aufweisen und als Gesellschaft Verpflichtungen eingehen⁵² (sog. „Außengesellschaft“), Rechtsfähigkeit und aktive und passive Parteifähigkeit im Prozess zugesprochen⁵³. In dem Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz, das am 17.08.2021 verkündet wurde und das ab dem 01.01.2024 gültig wird, wird sich dies bekräftigend im Gesetz als sog. „rechtsfähige Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts“ wiederfinden (dann neue §§ 706 – 739 BGB).

Nicht allverdrängende Wirkung

Zu beachten gilt es aber, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung §§ 38ff ZPO nicht in der Lage ist, besondere Gerichtsstände (bspw. § 14 GVG, Patentgerichte⁵⁴) abzubedingen, oder sich über die funktionale Zuständigkeit gesetzesabweichend zu vereinbaren⁵⁵.

Ebenso häufig wird in der Praxis die einmal getroffene Gerichtsstandsvereinbarung als zwingende und ausschließliche Festlegung des Gerichtsstands begriffen. Den Wenigsten ist in der Praxis bewußt, dass diese Vereinbarung lediglich eine Alternative zum allgemeinen Gerichtsstand gem. § 12 ZPO (Beklagtengerichtsstand) bildet⁵⁶.

Ebenso wird in der Praxis häufig nicht wahrgenommen, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung unzulässig ist, wenn ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist (§ 40 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

⁵¹ Die Hinweispflicht gem. § 504 ZPO gilt nur vor Amtsgerichten

⁵² MüKoBGB/Schäfer BGB § 705 Rn. 261

⁵³ Werner/Pastor Rn. 390, Kapellmann/Messerschmidt-Messerschmidt, VOB/B-Kommentar, Anhang D, I „Rechtsnatur der BauARGE“, st. Rspr. seit BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056, 1058, ins. I 4 und II

⁵⁴ BGHZ 8, 16 (18 ff.) = NJW 1953, 262, Musielak/Voit/Heinrich ZPO § 38 Rn. 2

⁵⁵ Musielak/Voit/Heinrich ZPO § 38 Rn. 2, BGH VersR 1977, 430; Stein/Jonas/Bork Rn. 1; Schilken FS Musielak, 2004, 435 (437); Thomas/Putzo/Hüßtege Vorb. § 38 Rn. 4; MüKoZPO/Patzina Rn. 10.

⁵⁶ OLG Düsseldorf GRUR-RR 2021, 187, Rn. 12, Anders/Gehle-Becker, ZPO, vor § 38 Rn. 2

Dennoch ist tatsächlich die Gerichtsstandsvereinbarung in dem in dieser Dissertation betrachteten Bereich, nämlich dem Bauvertrag, mittlerweile absoluter Standard geworden, ebenso die Flankierung durch Nebenintervention und/oder Streitverkündung. Sie bietet tatsächlich die größte Möglichkeit, die eingangs geschilderten Interessen im größtmöglichen Umfang zusammenzuführen (s.o.), insbesondere:

- Einheitliches Forum
- Kompetente, technikkaffine Erinstanz
- Kompetenz des Obergerichts
- Sicherstellung der Vollstreckbarkeit
- abhängig von der Marktmacht der Verhandlungspartner: ein "geneigtes" Gericht

1.2.6.2 § 18 Abs. 1 VOB/B

Scheinbar in der Nähe der Gerichtsstandsvereinbarung im Sinne der §§ 38ff ZPO steht im Bauvertrag über die Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingung⁵⁷ "*Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen*" (kurz: VOB/B) deren § 18 Abs. 1 VOB/B. Diese Regelung lautet:

Liegen die Voraussetzungen für eine Gerichtsstandsvereinbarung nach § 8 der Zivilprozessordnung vor, richtet sich der Gerichtsstand für Streitigkeiten aus dem Vertrag nach dem Sitz der für die Prozessvertretung des Auftraggebers zuständigen Stelle, wenn nichts anderes vereinbart ist. Sie ist dem Auftragnehmer auf Verlangen mitzuteilen.

Tatsächlich werden Reichweite, Risiken und Möglichkeiten dieser Regelung überschätzt. Der Anwendungsbereich des § 18 Abs. 1 VOB/B ist in der Praxis zu gering, als dass er neben Gerichtsstandsvereinbarungen gem. §§ 38ff ZPO erfolgsversprechend eingesetzt werden könnte.

Das liegt zum einen daran, dass anders als bei einer Gerichtsstandsvereinbarung nach §§ 38ff ZPO, die die örtliche, sachliche und internationale⁵⁸ Zuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichts⁵⁹ regelt, § 18 Abs. 1 VOB/B nur die örtliche Zuständigkeit⁶⁰ betrifft. Die Reichweite der Vereinbarung ist also geringer, was gerade bei der zunehmenden Internationalisierung der Bauprojekte dazu anhält, Gerichtsstandsvereinbarung gem. §§ 38 ff ZPO zu treffen und sich nicht auf die mit der Vereinbarung der VOB/B automatische Anwendbarkeit von § 18 Abs. 1 VOB/B zu verlassen.

⁵⁷ vgl. § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB, Kimmich/Bach, VOB für Bauleiter, 8. Edition 2021, Stand: 15.03.2021, Rn. 138, detailliert: MüKoBGB/Fornasier BGB § 310 Rn. 21-23

⁵⁸ BGH MDR 1985, 911; BGH NJW-RR 2005, 929 (931) BGH NJW 1981, 2644; Mü MDR 1975, 494; OLG Nürnberg NJW 1985, 1296,

⁵⁹ Thomas/Putzo/Hüßtege Vorb. § 38 Rn. 3; Stein/Jonas/Bork Rn. 1; Keller JURA 2008, 523 (525), Musielak/Voit/Heinrich ZPO § 38 Rn. 2

⁶⁰ vgl. BGHZ 94, BGHZ Band 94, Seite 156 = NJW 1985, 2090; BayObLG NJW-RR 2020, 763 Rn. 23, BeckOK VOB/B-Preussner, 37. Ed. 30.4.2019, § 18 Rn. 9; Kapellmann/Messerschmidt-Merkens, § 18 VOB/B Rn. 13;

Es liegt aber zum anderen auch daran, dass § 18 Abs. 1 VOB/B nur auf Verträge anwendbar ist, bei denen der Auftraggeber der öffentlichen Hand zuzuordnen ist⁶¹, d.h. anknüpfend an § 99 GWB sowohl die öffentliche Hand selbst, wie aber auch andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter § 99 Nr. 1 oder Nr. 3 GWB fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren⁶². D.h. die Regelung ist weder anwendbar, wenn ein durch die öffentliche Hand beauftragter, privater Unternehmer Lieferungen und Leistungen an Dritte (Nachunternehmer, Lieferanten etc.) weitergibt (was die VOB/B ausdrücklich im Blick hat vgl. § 4 Abs. 8 VOB/B), noch ist sie anwendbar, wenn selbst der Bauherr/Endkunde als Auftraggeber eine natürliche Person oder eine juristische Person des Zivilrechts ist. Gerade diese Konstellationen stellen nach Erfahrung des Verfassers jedoch die große Mehrheit der Verträge dar, die unter Einbeziehung der VOB/B geschlossen werden.

Zum Dritten liegt es auch daran, dass die Vereinbarung nach § 18 Abs. 1 VOB/B eine Beschränkung hinsichtlich des Streitgegenstandes besitzt - anders als §§ 38 ff ZPO. Wo im Rahmen von § 38 ZPO keinerlei den Streitgegenstand (§ 253 ZPO) beschränkenden Tatbestandsmerkmale vorliegend, limitiert § 18 Abs. 1 VOB/B die Möglichkeit der Vereinbarung in Bezug auf alle „Streitigkeiten aus dem Vertrag“. Zwar ist diese Begrifflichkeit weit auszulegen⁶³ und umfaßt daher alle Streitigkeiten, die ihren Ursprung im Bauvertrag haben oder mit dessen Abschluss in unmittelbarem Zusammenhang stehen⁶⁴ und die bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ihre Grundlage oder ihren Ausgangspunkt im streitgegenständlichen Bauvertrag haben⁶⁵. Allerdings fallen bestimmte materiell-rechtliche Ansprüche nur dann unter dieses Verständnis, wenn sie in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Bauvertrag stehen, wie bspw. vertragsähnliche Ansprüche, Ansprüche aus Bereicherungsrecht⁶⁶, Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag⁶⁷ sowie delikte Ansprüche, die zudem wegen § 32 ZPO in Anspruchskonkurrenz mit vertraglichen Ansprüchen stehen müssen⁶⁸.

Ob ein unmittelbarer Zusammenhang besteht, ist bei Vertragsschluß allenfalls prognostisch zu beantworten und birgt Unschärfen. Deshalb kann § 18 Abs. 1 VOB/B auch aufgrund seiner streitgegenständlichen Festlegung keine verlässliche Grundlage für eine Gerichtsstandsvereinbarung liefern.

⁶¹ BGH NJW 2009, 1974 = NZBau 2009, 309, BeckOK VOB/B/Preussner VOB/B § 18 Abs. 1 Rn. 3, Werner/Pastor Rn. 373 m.w.N.

⁶² LG Stuttgart IBR 2011, 1307, BeckOK VOB/B/Preussner VOB/B § 18 Abs. 1 Rn. 3

⁶³ Beck VOB/B/Kölbl VOB/B § 18 Abs. 1 Rn. 40

⁶⁴ Beck VOB/B/Kölbl, 3. Aufl. 2013, VOB/B § 18 Abs. 1 Rn. 40,

⁶⁵ Werner/Pastor Rn. 373

⁶⁶ BeckOK VOB/B/Preussner VOB/B § 18 Abs. 1 Rn. 10,

⁶⁷ Beck VOB/B/Kölbl VOB/B § 18 Abs. 1 Rn. 40, Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, Teil 15 C II Rn. 65

⁶⁸ Leinemann VOB/B/Schirmer Rn. 27, BeckOK VOB/B/Preussner VOB/B § 18 Abs. 1 Rn. 10, Ingenstau/Korbion-Joussen § 18 Abs. 1 VOB/B Rn. 39; Messerschmidt/Voit-Voit § 18 VOB/B Rn. 1; vgl. OLG Stuttgart NJOZ 2008, 2290, 2292/2293

Zum Vierten führt § 18 Abs. 1 VOB/B zu einem ausschließlichen Gerichtsstand⁶⁹ und schließt daher andere Gerichtsstände wie bspw. den Gerichtsstand des Erfüllungsorts § 29 ZPO aus⁷⁰.

Insgesamt birgt § 18 Abs. 1 VOB/B damit nur einen einzigen Vorteil: die Prozess erleichterung für den öffentlichen Auftraggeber⁷¹. Ansonsten erscheint eine Gerichtsstandsvereinbarung gem. §§ 38 ff ZPO klar vorzugswürdig und sinnstiftender.

1.2.7 Zwischenfazit:

Vorstehend sind diejenigen Wege und somit (De-)Eskalationsmodelle dargestellt, die durch Gesetz bereitgestellt werden und eine umfassende Kanalisierung, Entscheidung und Erlangung eines Vollstreckungstitels durch Gerichte bieten. Unter diesen erscheint das streitige Zivilverfahren unter Nutzung der Gerichtsstandsvereinbarung, flankiert durch Nebenintervention bzw. Streitverkündung als vorzugswürdiges Instrument sowie eine vertragliche Regelung zum Erfüllungsort (auch für den Fall der Nachbesserung). Es bietet die größte Chance, die Dinge umfassend und mit der größten Zahl an die gerichtliche Entscheidung gebundener Parteien unter einem Dach zu klären und dies vor einem möglichst kompetenten, technikaffinen Gericht.

⁶⁹ Kniffka/Koebler/Jurjeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, Teil 15 C II Rn. 66

⁷⁰ Kniffka a.a.O., Werner/Pastor Rn. 373, OLG Frankfurt NJW-RR 1999, 604, LG Dessau-Roßlau IBR 2008, 131, LG Frankfurt BauR 2012, 692; Beck VOB/B § 18 Abs. 1 Rn. 47 mwN

⁷¹ Werner/Pastor Rn. 373, OLG Stuttgart BauR 1999, 683, BGH BauR 1985, 475,

1.3 das selbständige Beweisverfahren gem. §§ 485 ff ZPO

Anders als eine zivilrechtliche Klage, die einen umfassenden Streitgegenstand (§§ 253 ff ZPO) haben kann und damit zu einer umfassenden Klärung führen kann, und wenngleich es in seiner Durchführung einem Hauptsacheverfahren angenähert ist⁷², gibt es doch einen wesentlichen Unterschied: das selbständige Beweisverfahren ist limitiert.

Schon seinem Namen nach handelt es sich um ein Beweisverfahren, also ein Verfahren zur Feststellung von Tatsachen durch ein Gericht⁷³. Gegenstand ist alleine die Beweisaufnahme⁷⁴. Damit lässt sich im selbständigen Beweisverfahren nur ein Ausschnitt der Eskalationsquellen abbilden, nämlich der einer Tatsachenfeststellung zugängliche Bereich des Faktischen. Auch wenn dies in der Praxis sehr häufig übersehen wird, folgt daraus, dass die Antragstellung und der weitere Vortrag in diesem selbständigen Verfahren sich darauf zu beschränken haben, Rechtsfragen haben dort dagegen keinen Raum⁷⁵! Vieler Vortrag ließe sich in der Praxis verkürzen oder gar vollständig ersparen, würde man sich dieser Begrenzung erinnern.

Zwecke dieses besonderen, aber auf die Tatsachenfeststellung limitierten Verfahrens sind:

- Entlastung der Gerichte um schon im Vorfeld vermeidbare Prozesse⁷⁶
- Erleichterung und Beschleunigung der Prozessführung⁷⁷
- Schutz gegen Verlust oder wesentliche Beschwer der Beschaffung von Beweismitteln (Wortlaut § 485 ZPO)
- Förderung der Vergleichsbereitschaft bei verbindlicher Tatsachengrundlage⁷⁸

Tatsächlich bestätigt die praktische Erfahrung, dass die angestrebten Verfahren diese Zwecke auch erreichen und dass sich auf dieser Tatsachenbasis häufig vergleichsweise Verständigungen außergerichtlich nach § 779 BGB oder auch durch gerichtliche Beurkundung § 278 Abs. 6 ZPO (und damit unter Erlangung eines Vollstreckungstitels § 794 I Nr. 1 ZPO "Prozessvergleich") anschließen.

Gesetzlich ist das selbständige Beweisverfahren in 3 Fällen eröffnet:

- Zustimmung des Antragsgegners § 485 Abs. 1 ZPO:
Dies ist ein praktisch seltener Fall⁷⁹, der regelmäßig bei Einvernehmen der Parteien durch die außergerichtliche Lösungen, insbesondere durch die Einschaltung von Privatgutachtern und Schiedsgutachtern, ersetzt wird
- Drohender Beweismittelverlust § 485 Abs. 1 ZPO:
Auch dieser Fall ist von praktisch kaum vorhandener Bedeutung⁸⁰, die Bedrohungslage ist in der Praxis selten anzutreffen und gerade im dem (von § 485 ZPO zugelassenen) Fall, dass während eines rechtshängigen Verfahrens eine solche Bedrohungslage vorliegt, wird regelmäßig damit einhergehen, dass

⁷² OLG München NJW-RR 1997, 318, 319, OL Düsseldorf NJW-RR 1997, 1086, Werner/Pastor Rn. 1,

⁷³ Werner/Pastor Rn. 1

⁷⁴ BeckOK ZPO/Kratz ZPO § 485 Rn. 1

⁷⁵ OLG Bamberg (1. Zivilsenat), Beschluss vom 12.06.2017 - 1 W 51/17 = BeckRS 2017, 129069, Rn. 14

⁷⁶ Werner/Pastor a.a.O und Rn. 4, BGH NZBau 2004, 156, Wortlaut § 485 II ZPO

⁷⁷ Werner/Pastor a.a.O, Anders/Gehle-Bünnigmann, ZPO, vor § 485, Rn. 2

⁷⁸ Fellner, Selbständiges Beweisverfahren (§ 485 II ZPO) - Mittel der Streitschlichtung und Schaffung eines Hemmungstatbestands, MDR 2014, 66

⁷⁹ Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher-Koebler, Kompendium des Baurechts, Teil 14 C 4 Rn. 101: "praktisch nicht mehr relevant"

⁸⁰ wie Fn. 64

im Verfahren der dadurch betroffene Anspruch bereits rechtshängig und mit einem Beweisangebot "Sachverständiger" hinterlegt ist, so dass Gerichte beschleunigt einen Beweisbeschluss erlassen und Gutachter beschleunigt den regelmäßig notwendigen Ortstermin am Projektort durchführen. Genügt auch diese Beschleunigung nicht, wird man gerade in der anwaltlichen Praxis dazu tendieren, dem betroffenen Mandanten die Einholung eines Privatgutachten und dessen spätere Vorlage in einem Rechtsstreit, flankiert durch das Beweismittel "Vernehmung des Privatgutachters als sachverständiger Zeuge" § 414 ZPO zu empfehlen.

- Feststellungsverfahren § 485 Abs. 2 ZPO:
Hierbei handelt es sich um den Regelfall in der Praxis⁸¹. Dies ergibt sich nicht nur durch die Natur der Streitfälle, sondern auch aus rechtlichen Gegebenheiten: es braucht zum einen kein Einvernehmen (anders als § 485 I ZPO) oder auch keine Bedrohungslage (anders als § 485 I ZPO). Das stattdessen erforderliche "rechtliche Interesse" (§ 485 II ZPO) ist weit zu verstehen und auszulegen⁸². Eine Schlüssigkeits- und Erheblichkeitsprüfung findet nicht statt⁸³. Ein rechtliches Interesse ist demgemäß nur noch zu verneinen, „wenn ein Rechtsverhältnis, ein möglicher Prozessgegner oder ein Anspruch nicht ersichtlich ist. Dabei kann es sich nur um völlig eindeutige Fälle handeln, in denen evident ist, dass der behauptete Anspruch keinesfalls bestehen kann⁸⁴“.

Einer der wenigen denkbaren Fälle, in denen das rechtliche Interesse verneint werden kann⁸⁵, nämlich die Gewißheit, dass das Verfahren entgegen § 485 II 2 ZPO nicht zur Befriedung führen, sondern im Gegenteil ein Streitiges Verfahren durchgeführt werden wird, ist allerdings praktisch ebenfalls nicht relevant.

Die Gerichte neigen dazu Anträge "durchzuwinken":

Unter Kostengesichtspunkten können die Gerichte nämlich entspannt sein: Vorschüsse gem. § 17 Abs. 1 S.1 Gerichtskostengesetz (GKG)⁸⁶ sind vom Veranlasser zu zahlen. Da die Kosten nach ständiger Rechtsprechung zu den Kosten des Hauptsacheverfahrens gehören⁸⁷, hat sich das für das selbständige Beweisverfahren zuständige Gericht als Spruchkörper damit nicht zu befassen. Selbst wenn gemäß § 494a ZPO doch über Kosten zu entscheiden ist, wird dies nach einer reinen Kostengrundentscheidung im Einzelnen durch die Kostenbeamten des Gerichts weiterverfolgt und bereitet dem Spruchkörper selbst damit auch keine erhebliche Arbeit.

Auch die Verwertbarkeit des zu erstattenden Sachverständigengutachtens als für das alleine praxisrelevante Feststellungsverfahren einzig zulässigen Beweismittels

⁸¹ Kniffka/Koebler/Jurjeleit/Sacher-Koebler, Kompendium des Baurechts, Teil 14 C II Rn. 93

⁸² BGH ZfBR 2005, 54, 55 II 2; OLG Celle NJW-RR 2011, 1180f., OLG Stuttgart BauR 2005,605; ibrOK BeweisVerf/Seibel ZPO § 485 Rn. 25,

⁸³ ibrOK BeweisVerf/Seibel ZPO § 485 Rn. 25 und Fn. 2

⁸⁴ BGH ZfBR 2004, 54, 55, C II a.E.

⁸⁵ OLG Köln NJW 1999, 875

⁸⁶ Kniffka/Koebler/Jurjeleit/Sacher-Koebler, a.a.O., OLG Köln Urt. v.18. 2. 2009 – 15 W 1/09, IBR 2009, 368 betr. Ergänzungsfragen zum Gutachten; OLG Köln BauR 2009, 1335, IBR 2009, 368;

⁸⁷ Werner/Pastor, Rn. 115, BGH, BauR 2006, 865; BGH NJW-RR 1989, 980; OLG Köln, NZBau 2015, 168; OLG Saarbrücken, IBR 2013, 1058 – Heiliger; OLG Celle, NZBau 2003, 618; KG, IBR 2006, 533; BGH, BauR 2013, 990, 992; OLG Jena, OLGR 2006, 775, 776; OLG Stuttgart, BauR 1994, 141

(§485 II 1 ZPO⁸⁸) ist außerhalb des Beweisverfahrens anzusiedeln. Die im selbständigen Beweisverfahren erhobenen Beweise sind wegen § 493 ZPO so zu behandeln, als wären sie im Hauptsacheverfahren eingebracht worden⁸⁹.

Dies nährt die Neigung der Gerichte, gestellte Anträge in der gestellten Form und den beantragten Formulierungen der Beweisfragen "durchzuwinken". Allenfalls wird in der Praxis korrigierend eingegriffen, sofern eine Beweisfrage gar zu offensichtlich unzulässigen Ausforschungscharakter hat.

Insofern ist das Beweisverfahren in seiner Limitierung auf Beweisaufnahme, tatsächlich ein gutes und sehr häufig anzutreffendes Mittel der Verfolgung von Rechtsinteressen und Klärung.

Als vorteilhaft erweist sich dabei auch, dass nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB ab Zustellung des Antrags auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens (oder auch einer Streitverkündungsschrift § 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB, was häufig schon in einem Schriftsatz gemeinsam erfolgt) die Hemmung beginnt. Keine andere Wirkung kommt der Erhebung einer gerichtlichen Klage zu § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

Als nachteilig erweist sich in der Praxis wiederum die "unscharfe Beendigung des Verfahrens". Denn nach § 204 II 1 BGB endet die Hemmung, weil das selbständige Beweisverfahren keinen förmlichen Abschluß kennt, sondern sich nur sachlich erledigt⁹⁰ mit "anderweitiger Beendigung des Verfahrens".

In der Praxis ergeben sich daraus einige Probleme:

„Dahintröpfeln“

Es ist leider häufig festzustellen, dass nach der Zustellung des Gutachtens an die Parteien, Intervenienten und Streitverkündeten noch weiterer Schriftverkehr und Austausch erfolgt und das Verfahren noch eine Weile "dahintröpfelt". Die rechtliche Einordnung an dieser Stelle ist stets von den Umständen des Einzelfalls abhängig⁹¹ und hat etliche Judikatur hervorgebracht⁹². Interessant scheint in diesem Zusammenhang vordergründig zu sein, dass der Antragsgegner das Instrument des § 494a ZPO hat. Er kann den Antrag stellen, das Gericht möge dem Antragssteller aufgeben, binnen angemessener Frist eine Klage gegen den Antragsgegner zu erheben. Damit kann er die Termine scheinbar selbst beeinflussen. Ebenso ist dies in analoger Anwendung des § 494 a ZPO dem Streithelfer möglich⁹³. Auf diese Weise scheinen Antragsgegner bzw. Streithelfer dem „Dahintröpfeln“ etwas entgegensetzen zu können.

Allerdings knüpft das Gesetz diese Möglichkeit an die Beendigung der Beweiserhebung (Wortlaut § 494a I ZPO), worunter jedoch nicht dasselbe wie im Rahmen von § 204 BGB (Wegfall der Hemmung durch Beendigung) zu verstehen ist⁹⁴, sondern die Erhebung aller beantragten Beweise, also die vollständige sachliche

⁸⁸ ibrOK BeweisVerf/Seibel ZPO § 485 Rn. 30

⁸⁹ BeckOK ZPO/Kratz ZPO § 493 Rn. 1

⁹⁰ BGHZ 150, 55; BGH, NZBau 2009, 598; OLG München, BauR 2020, 879 ff.; OLG Celle, BauR 2009, 1476; OLG Hamm, BauR 2007, 1097, Werner / Pastor Rn. 114

⁹¹ BeckOK BGB/Henrich BGB § 204 Rn. 75

⁹² vgl. bspw. die Fälle in BeckOK BGB/Henrich BGB § 204 Rn. 75

⁹³ BGH, NZBau 2005, 42, 43; OLG Frankfurt, BauR 2004, 536; OLG Düsseldorf, BauR 1998, 592; LG Regensburg NZBau 2004, 392; LG Rottweil, BauR 2003, 135, 136, Werner / Pastor Rn. 135

⁹⁴ BeckOK ZPO/Kratz, 47. Ed. 1.12.2022, ZPO § 494a Rn. 1.2

Erledigung der Beweisaufnahme⁹⁵. Dieses Verständnis bewirkt tatsächlich nur die spätestmögliche Interventionsmöglichkeit durch Beantragung nach §494a ZPO, nämlich wenn alle Beweise erhoben und kommuniziert und rechtzeitige Einwendungen ihre Erledigung oder Entscheidung gefunden haben. Bis dahin ist jede Menge „Dahintröpfeln“ möglich.

Mißlich ist jedoch, dass das Gesetz das Dahintröpfeln sogar noch fördert - gerade unter dem Aspekt, ob das selbständige Beweisverfahren nun beendet ist und 6 Monate danach die Hemmung der Verjährung der streitbefangenen Ansprüche wegfällt. Denn es heißt in § 204 II 4 BGB:

„Die Hemmung beginnt erneut, wenn eine der Parteien das Verfahren weiter betreibt.“

Unter den Begriff des Weiterbetreibens fällt dabei jede Verfahrenshandlung einer der Parteien, die dazu bestimmt und geeignet ist, den stillstehenden Prozess wieder in Gang zu setzen⁹⁶, ohne dass es darauf ankommt, ob sie eine Förderung des Prozesses tatsächlich demnächst bewirkt⁹⁷ und ohne dass an die Verfahrenshandlung ein zu strenger Maßstab anzulegen ist⁹⁸.

„Faktischer Stillstand“

Immerhin hat sich eine faktische Problematik, die dem Verfasser auch selbst widerfahren war, mittlerweile entschärft, nämlich die Frage der Beendigung, wenn entweder der Antragsteller alleine oder Antragssteller und Antragsgegner gemeinsam (bspw. Aufgrund außergerichtlicher Verständigung) entscheiden, das anhängige Verfahren faktisch nicht weiterzubetreiben, ohne aber das Ruhen des Verfahrens § 251 ZPO zu beantragen. Materiell-rechtlich führt der Stillstand zum Ende der Hemmung § 204 II 3 BGB, auch ungeachtet des Umstands, dass das Gericht in dieser Situation gemäß § 254a III ZPO selbst das Ruhen des Verfahrens anordnen kann.

Allgemeine Grundlagen und die Problematik der „Mehreren“

An sich endet das Beweisverfahren mit dem Schluß des Beweistermins, in dem gem. § 490 I ZPO die beschlossene Beweisaufnahme durchgeführt und erledigt wird⁹⁹. Da meist eine schriftliche Begutachtung durch einen Sachverständigen durchgeführt wird, eröffnen sich von hieraus etliche Alternativen, die den Wegfall der Hemmung unterschiedlich terminieren lassen:

- Wird der Beweis im selbständigen Beweisverfahren durch einen Sachverständigen geführt, endet das Verfahren mit Übermittlung des Gutachtens

⁹⁵ BVGH NZBau 2009, 598; BGH NJW 2014, 789, LG Stuttgart NJW-RR 2013, 62, Musielak/Voit/Huber, 19. Aufl. 2022, ZPO § 492 Rn. 3

⁹⁶ RGZ 97, 66 (67); OLG Frankfurt ZGS 2004, 398, MüKoBGB/Grothe, 9. Aufl. 2021, BGB § 204 Rn. 89

⁹⁷ BGHZ 73, 8, 10f; BGH NJW-RR 1988, 279; 1995, 1335 (1336), MüKoBGB/Grothe a.a.O

⁹⁸ BGHZ 73, 8, 11, BGH NJW-RR 1988, 279 (280); Staudinger/Peters/Jacoby, 2019, Rn. 132, MüKoBGB/Grothe a.a.O.

⁹⁹ MüKoBGB/Grothe BGB § 204 Rn. 103

an die Parteien¹⁰⁰, es sei denn die Parteien teilen dem Gericht nach Erhalt des Gutachtens innerhalb eines angemessenen Zeitraums Einwendungen oder das Gutachten betreffende Anträge oder Ergänzungsfragen mit¹⁰¹. Was als angemessen anzusehen ist, bleibt jedoch recht unpräzise:

- Die Angemessenheit dieses Zeitraumes bestimmt sich nämlich unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und wird maßgeblich durch den Umfang und die objektive Schwierigkeit der Beweisfragen sowie den Umfang und die Verständlichkeit des Gutachtens mitbestimmt¹⁰².
- Übermittelt das Gericht das Gutachten und setzt zugleich eine Frist gem. § 411 IV 2 ZPO, d.h. eine durch förmlich zugestellten Beschluß und mit dem Hinweis auf die Folgen der Nichtbeachtung versehene Ausschußfrist¹⁰³, endet das Verfahren nach Fristablauf, es sei denn die Parteien teilen dem Gericht nach Erhalt des Gutachtens innerhalb eines angemessenen Zeitraums Einwendungen oder das Gutachten betreffende Anträge oder Ergänzungsfragen mit.
- Erheben die Parteien rechtzeitig Einwände gegen das Gutachten, findet ein Fortgang des Verfahrens nur hinsichtlich der mit Einwänden und Fragen belegten Mängel und Feststellungen statt. Im Übrigen, d.h. soweit einzelne Mangelbehauptungen nicht weiterbehandelt werden, tritt die Verfahrensbeendigung ein¹⁰⁴.
- Erheben die Parteien rechtzeitig Einwände gegen das Gutachten, findet das selbstständige Beweisverfahren ein Ende, wenn das Gericht erklärt, eine weitere Beweisaufnahme werde nicht stattfinden und die Parteien dagegen keine Einwände vorbringen¹⁰⁵.
- Wird das schriftliche Gutachten durch den Sachverständigen mündlich erläutert, endet die Beweisaufnahme und damit das Beweisverfahren mit dem Verlesen oder der Vorlage des Sitzungsprotokolls über die Vernehmung des Sachverständigen zur Durchsicht¹⁰⁶, und zwar auch dann, wenn die Beantwortung der Beweisfragen nicht umfassend oder ergiebig war¹⁰⁷.
- Werden mehrere Gutachten eingeholt, kommt es auf die Übermittlung bzw. die Erläuterung des letzten Gutachtens an¹⁰⁸.
- Stellt der Schuldner, nachdem der Gläubiger durch seinen Antrag das selbstständige Beweisverfahren eingeleitet hat, einen Gegenantrag, nimmt das Beweisverfahren seinen Fortgang; ob die Beweiserhebung zulässig ist, spielt keine Rolle. Das Verfahrensende tritt erst mit Zustellung des zweiten Gutachtens ein¹⁰⁹.

¹⁰⁰ BGH NJW 2013, 89, 90, IV 1

¹⁰¹ BGH NJW 2002, 1640 (1641); OLG Frankfurt ZGS 2004, 398; LG Nürnberg-Fürth BeckRS 2013, 4247; Schreiber JR 2004, 201

¹⁰² OLG Braunschweig, BauR 1993, 251; OLG Koblenz, Beschluss vom 24. 04. 2001 - AZ 8 W 253/01; OLG Köln, Beschluss vom 23. 02. 2010 - AZ 7 W 6/10; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 411 Rz. 5 c

¹⁰³ BGH, Urteil vom 28. 10. 2010, Tz. 13 - VII ZR 172/09 - BauR 2011, 287; OLG Celle, Beschluss vom 06. 03. 2009 - 16 W 19/09 - NJW-RR 2009, 1364, 1365; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 01.06.2012 - 4 W 86/12, OLG Braunschweig Ur. v. 18.7.2012 – 8 W 32/12, IBRRS 2012, 3145, II 2 b und c

¹⁰⁴ BGH NJW 2013, 89, 90, IV 2, MüKoBGB/Grothe § 204 Rn. 96; BGH, NJW 1993, 851 [unter I 2 a]; OLG München, NJW-RR 2007, 675

¹⁰⁵ BGH NJW 2011, 594 (595).

¹⁰⁶ BGH NJW 1979, 645; 1993, 851

¹⁰⁷ BGH NJW-RR 2009, 1243 Rn. 7

¹⁰⁸ BGH NJW 1993, 851

¹⁰⁹ BGH WM 2001, 820 (821)

- Werden mehrere Mängel zur Begutachtung gestellt, hat jeder Mangel sein eigenes rechtliches Schicksal¹¹⁰, d.h. die Verjährung bzw. der Wegfall der Hemmung ist, selbst wenn mehrere Mängel in einem gerichtlichen Beweisbeschluss eingestellt sind oder Gegenstand einer Antragschrift oder Ergänzungsschrift sind, für jeden einzelnen Mangel getrennt von den anderen zu beurteilen. Die Fortführung des Verfahrens hinsichtlich sonstiger Mängel ist dagegen für den Wegfall der Hemmung hinsichtlich des einzelnen Mangels unerheblich¹¹¹, ebenso die Frage, ob ein Sachverständiger bereits andere Beweisthemen beantwortet hat¹¹².
- Das gilt selbst dann, wenn mehrere voneinander unabhängige Mängel Gegenstand separater Begutachtungen sind¹¹³, auch jede Begutachtung ist insoweit eigenständig¹¹⁴.
- Problematisch ist zudem, wenn ein oder mehrere Mängel auf die Gesamtfunktionalität der Werkleistung abstrahlen: bis wann steht der Mangel für sich alleine bzw. ab wann kann man die Gesamtfunktionalität der Werkleistung durch einen einzelnen Mangel bzw. eine Vielzahl von Mängeln als betroffen ansehen¹¹⁵?

Hinzuweisen ist zuletzt auf die in der Praxis oft unbeachtete Problematik der „Präklusion“¹¹⁶. Zwar schließen §§ 492 I, 411 IV 2, Halbs. 2, 296 IV ZPO Rügen, Einwände und Fragen gegen die im selbständigen Beweisverfahren getroffenen Feststellungen im Folgeprozess aus, soweit jene bereits nicht im Beweisverfahren geltend gemacht worden sind. Allerdings ist dem in der Praxis leicht entgegenzuwirken, indem man sorgfältig darauf achtet, diese Rügen, Einwände und Fragen im Beweisverfahren anzukündigen und zu platzieren.

Aus dem Vorstehenden wird ersichtlich, dass das Verfahren Gefahren in sich birgt, nämlich

- die einer unübersichtlichen Aufspaltung und Zersplitterung verschiedener Verjährungsläufe
- die unklare Beendigung infolge der funktionalen Abstrahlung eines oder mehrerer Mängel auf den gesamten Werkerfolg
- die unklare Terminierung der Verfahrensbeendigung, wenn das Gericht von einer Fristsetzung gem. §§ 492 I, 411 IV 2 Halbs. 2 ZPO absieht
- die Präklusion

Dennoch nimmt die Praxis deswegen keinen Abstand von dem Instrument des selbständigen Beweisverfahrens. Nach der praktischen Erfahrung des Verfassers

¹¹⁰ BGH NJW 1993, 851, 852, I 2 a), BGH NJW 2013, 89, 90, IV 2

¹¹¹ BGH NJW 2013, 89, 90, IV 2

¹¹² LG Stuttgart, NJW-RR 1993, 62, 63 a.E.

¹¹³ BGH, Urteil vom 03.12.1992 - VII ZR 86/92 zum alten Recht; LG München II, Urteil vom 02.05.2012 - 5 O 5855/11 Bau, OLG Oldenburg, Urteil vom 20.08.2019 - 13 U 60/16, Sturmberg, Die Beweissicherung in der anwaltlichen Praxis, 17. Aktualisierung 2022, Stand: 18.06.2022, Ziffer 1.7.9.6

¹¹⁴ BGH NJW 2013, 89, 90, IV 3

¹¹⁵ So auch Sturmberg a.a.O., OLG München NJW-RR 2010, 824

¹¹⁶ Eingehend dazu bspw.: Litzenberger/Strieder: Das selbstständige Beweisverfahren in der Praxis, JA 2017, 34, D I, Klein: Die relative Präklusion von nicht im selbstständigen Beweisverfahren geltend gemachten Einwendungen, NZBau 2012, 8ff,

überwiegt das Klärungspotential des Verfahrens die Nachteile am Ende des Verfahrens deutlich.

1.4 Die Schlichtung gem. § 15a EGZPO

Ebenso wie die vorstehenden gerichtlichen Verfahren kann einem Klageverfahren über das Instrument des § 15a EGZPO ein zwingendes Einigungsverfahren vor einer Gütestelle vorangestellt werden. Allerdings ist dieses „Vorverfahren“ in der baurechtlichen Praxis eigentlich nicht relevant. Dies liegt schon daran, dass § 15a Abs. 1 EGZPO den Anwendungsbereich so definiert, dass er für baurechtliche Streitigkeiten kaum relevant wird, und dass es zudem den Bundesländern überlassen ist, ob und inwieweit dieses Verfahren zur Anwendung kommen soll.

Denkbar wäre zwar eine Anwendung in vermögensrechtlichen Streitigkeiten vor dem Amtsgericht über Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert die Summe von 750 Euro nicht übersteigt (§ 15a I Nr. 1 EGZPO); darunter könnten sich durchaus baurechtliche Problematiken subsumieren lassen. Allerdings haben (Stand 30.12.2022) erst 10 von 16 Bundesländern¹¹⁷ überhaupt eine entsprechende Landesregelung erlassen. Genau im Bereich des § 15a I Nr. 1 EGZPO haben diese Länder die obligatorische Streitschlichtung aber wieder abgeschafft¹¹⁸.

Die anderen Anwendungsbereiche, nämlich aus Nachbarrecht der §§ 910, 911, 906 BGB sowie nach den landesgesetzlichen Vorschriften im Sinne des Artikels Artikel 124 EGBGB (§ 15a I Nr. 2 EGZPO), Streitigkeiten über Ansprüche wegen Verletzung der persönlichen Ehre, die nicht in Presse oder Rundfunk begangen worden sind (§ 15a I Nr. 3 EGZPO) oder Streitigkeiten über Ansprüche nach Abschnitt 3 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, sind baurechtlich ohnehin nicht relevant.

1.5 Die Güteverhandlung § 278 ZPO

Eine weitere vom Gesetzgeber im Rahmen der ZPO vorgesehene Einwirkungsweise ist die des jederzeitigen Bemühens um eine gütliche Einigung anstelle einer strikten Herbeiführung einer Gerichtsentscheidung. In den Fokus rückt das Gesetz dabei die Güteverhandlung § 278 I 1 ZPO.

Nach dem Wortlaut des § 278 I ZPO soll das Gericht im Rahmen aller Instanzen und Verfahrensarten nach der ZPO¹¹⁹ (ausgenommen in der Berufungs- bzw. Revisionsinstanz §§ 525 S. 2, 555 I 2 ZPO, in Ehesachen § 113 IV 4 FamFG und in den Fällen von § 278 II Nr. 1 ZPO) zu jeder Zeit auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte hinwirken.

Tatsächlich findet diese zwingende gesetzliche Vorgabe auch Beachtung – nach Erfahrung des Verfassers vor allem zu Beginn des erstinstanzlichen Verfahrens. Regelmäßig erfolgt die Ladung zur mündlichen Güteverhandlung in der Form, dass zum Gütetermin unter Anordnung des persönlichen Erscheinens geladen wird und

¹¹⁷ gem. Verkündungsblatt zu § 15a EGZPO bei Beck-Online <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fges%2Fegzpo%2Fcont%2Fegzpo.p15a.htm&anchor=Y-100-G-EGZPO-P-15A&jumpType=Jump&jumpWords=15a%2BEGZPO> : Bayern, Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein

¹¹⁸ Anders/Gehle/Schmidt, 81. Aufl. 2023, EGZPO § 15a Rn. 6

¹¹⁹ Anders/Gehle/Anders, 81. Aufl. 2023, ZPO § 278 Rn. 10

zugleich die normale mündliche Verhandlung (Haupttermin) im unterbrechungslosen Übergang möglich ist (der Vorgabe gem. § 279 I 1 ZPO folgend).

Wie auch von § 278 II 2 ZPO verlangt, erfolgt im ersten mündlichen Termin eine richterliche Einführung in die Sach- und Rechtslage, die bei aufmerksamer Würdigung durch die Parteien bereits Indikationen für mögliche Vergleichspotentiale gibt. In der Praxis haben diese Hinweise gerade deshalb Gewicht, weil das Gericht des Güte termins wie auch des Haupttermins dasselbe ist, sprich: die Hinweise kommen von dem Spruchkörper, der späterhin auch in der Sache entscheiden würde. Von der Möglichkeit, die Parteien¹²⁰ für diese Güteverhandlung an einen Güterichter zu verweisen (§ 278 V ZPO), wird eher selten Gebrauch gemacht.

Diese Spruchkörperidentität in Güte- und Haupttermin wirkt umso gewichtiger, als zwar allgemein von § 278 II ZPO nur erwartet wird, die Einigungsmöglichkeiten auszuloten¹²¹, aber in schwierigen Sachverhalten (was in Bauprozessen häufig anzutreffen ist) dafür schon eine ziemlich präzise tatsächliche oder rechtliche Besprechung verlangt wird¹²². Allerdings darf dieses Bestreben um Aufklärung und Hinwirken auf eine gütliche Einigung nicht dazu führen, dass sich der Spruchkörper festlegt und Ablehnungsgründe schafft¹²³. In diesem Spannungsfeld zwischen nachdrücklichem Einwirken auf die Parteien und zu vermeidender finaler Festlegung erfordert es von den Beteiligten etliches an Aufmerksamkeit und auch an Fähigkeit, zwischen den Zeilen der richterlichen Einlassungen zu lesen. Erfahrene Gerichte erzeugen genau aus den notwendig verbleibenden Unwägbarkeiten einen für Vergleichsgespräche förderlichen Einigungsdruck. Dort, wo in der Vergangenheit die Unwägbarkeiten vornehmlich technischer Art waren oder in der Bautechnik zumindest relevante Vorfagen zu klären waren, die einer zügigen Einigung vor Beweisaufnahme entgegenstanden, ist infolge einer gesetzlichen Anpassung des § 144 I ZPO¹²⁴ die Möglichkeit geschaffen, bereits eingangs Sachverständige als gerichtliche Berater hinzuzuziehen¹²⁵ und ihnen im Rahmen der gerichtlichen Fragerechte (§ 278 II 2 ZPO) und der persönlichen Anhörung der Parteien (§ 278 II 3 ZPO) Raum zu geben. Auch diese fördert das Einigungspotential der Güte termine.

Dennoch ist für den Moment festzuhalten, dass die meisten Güte termine reine Durchlauftermine sind und meist nur wenige Minuten dauern¹²⁶.

In der Praxis zu beobachten ist außerdem, dass auch das Bemühen der Gerichte und Prozessbeteiligten um gütlichen Ausgleich im Rahmen des Prozesses nach dem gescheiterten Güte termin zunächst sinkt und das normale prozessuale Agieren aus Vortrag, Replik, Beweiserhebungen etc. in den Vordergrund tritt. Diese Neigung steigt mit dem Fortgang des Verfahrens und der Entwicklung hinsichtlich der einzelnen streitbefangenen Themen.

Regelmäßig geraten dann Prozesse auf eine Art Zielgerade oder kommen in manchen Streitpositionen zu einer Art unaufklärbarem Stillstand. Dann setzen normalerweise

¹²⁰ Prütting / Gehrlein, ZPO - Kommentar, 14. Auflage 2022, § 278 ZPO Rn. 8

¹²¹ Anders/Gehle/Anders, a.a.O., Rn. 22

¹²² Anders/Gehle/Anders, a.a.O., Rn. 22, OLG Bremen OLGR 2007, 384

¹²³ BGH NJW 2004, 164, Prütting / Gehrlein, a.a.O., Rn. 5

¹²⁴ Motzke, Sachverständige als Berater des Gerichts - Überlegungen zur Neufassung des § 144 I ZPO, DS 2022, 19

¹²⁵ Motzke, a.a.O.,

¹²⁶ Kloweit/Gläßer-Löer, Mediationsgesetz K3 Rn. 6, Werner / Pastor-Heinzerling, Der Bauprozess, 17. Auflage 2020, 2. Das Güterichterverfahren gemäß § 278 Abs. 5 ZPO, Rn. 488

erneute Bemühungen der Parteien um Abschluß des Streits ein. In der Praxis finden sich dann häufig Telefonate zwischen Gerichten und Parteien, richterliche Hinweisbeschlüsse, die dann in (außer-)gerichtlichen Vergleichen, die nach § 278 VI ZPO zur gerichtlichen Beschlußfassung gereicht werden, oder in gerichtlichen Vergleichen münden.

Der Verfasser teilt also letztlich aus eigener Erfahrung die bei Heinzerling¹²⁷ durchklingende Skepsis gegenüber dem Instrumentarium des § 278 ZPO, nämlich der Idee des Einwirkens auf die Parteien zu jeder Zeit der Verfahrens am Ende nicht, wengleich ihm zuzugeben ist, dass der frühe erste Gütetermin in der bauprozesslichen Realität nur selten der entscheidende Moment ist.

1.6 Der Güterichter § 278 V ZPO, §§ 278 V 2, 278a ZPO

Im Jahr 2002 gab es in verschiedenen Bundesländern Modellprojekte einer gerichtsnahen Mediation, denen sich Klärungs- und Einigungsquoten von ca. 60% ergeben haben¹²⁸.

Dies im Zusammenhang mit der Umsetzung der europäischen Mediationsrichtlinie¹²⁹ führte zur Einführung des Güterichters § 278 V ZPO, der mit dem gesetzlich geregelten Modell der Mediation nach §§ 278 V 2, 278 a ZPO, der Mediation nach dem Mediationsgesetz¹³⁰, und auch mit allen anderen Methoden der autonomen Konfliktbeilegung¹³¹ vor Gericht oder außergerichtlich (unter Ruhendstellen des Gerichtsverfahrens §§ 278a II ZPO) agieren darf¹³². Seinen Sinn und Zweck beschreibt Anders¹³³ wie folgt:

Das Güterichterverfahren nach V ermöglicht, die in II vorgesehene Güteverhandlung und auch weitere Güteversuche von der Entscheidungszuständigkeit abzukoppeln und dadurch eine wie auch immer geartete Konfliktlösung vor einem Güterichter, der nicht Streitrichter ist, zu eröffnen.

Aber das Konzept hat faktische, durch die gesetzliche Ausformung forcierte Schwächen: § 278 V ZPO gibt dem Streitrichter lediglich auf, im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens zu prüfen, ob die Verweisung der Parteien an einen Güterichter in Betracht kommt, spricht, ob hinreichende Aussicht auf Konfliktbeilegung auf diesem Weg besteht¹³⁴: er kann also, muss aber nicht¹³⁵. Weiterhin erfordert es die grundlegende Bereitschaft der Prozessparteien, sich auf diesen Weg einlassen zu

¹²⁷ Werner / Pastor, a.a.O.

¹²⁸ Werner/Pastor a.a.O

¹²⁹ Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen

¹³⁰ Formal nicht identisch: vgl. Ahrens NJW 2012, 2465, 2469 f.; Francken NZA 2012, 249, 251; Fritz/Schröder NJW 2014, 1910, 1911; Künzl MDR 2016, 952, 954, BeckOK ZPO/Bacher ZPO § 278 Rn. 25

¹³¹ Anders/Gehle/Anders, 81. Aufl. 2023, ZPO § 278 Rn. 37

¹³² Gergen, Mediation und Translation im Recht des geistigen Eigentums, 1. Auflage, Teil 1, B IV, S. 31

¹³³ Anders/Gehle/Anders, a.a.O.

¹³⁴ BeckOK ZPO/Bacher, 47. Ed. 1.12.2022, ZPO § 278 Rn. 20

¹³⁵ Gergen, a.a.O., Teil 1, B IV, S. 32

wollen¹³⁶, denn gegen den Willen einer Prozesspartei macht es schlicht keinen Sinn¹³⁷. Es braucht die Geneigtheit beider Parteien.

In der Praxis scheitert der Weg in die Mediation oft schon daran, dass die Gerichte selbst nicht auf die Übertragung auf Güterichter hinwirken. Schon gar nicht erfolgt ein Hinweis, wenn außergerichtliche Mediation oder Konfliktbeilegungswege in Betracht kommen¹³⁸.

Insgesamt zeigen folgende vom Statistischen Bundesamt veröffentlichte Daten für 2021 ein zutreffendes Bild¹³⁹:

Tabelle 1.2

| | | |
|--|--|---------|
| <i>Anhängige Verfahren zu Jahresbeginn</i> | | 412 985 |
| <i>Neuzugänge</i> | | 753 926 |
| <i>Abgaben innerhalb des Gerichts</i> | | 54 030 |
| <i>Erledigte Verfahren</i> | | 798 529 |
| <i>Anhängige Verfahren am Jahresende</i> | | 368 381 |

Tabelle 2.4

| | | |
|--|---------------|---------|
| <i>Erledigte Verfahren insgesamt</i> | <i>Anzahl</i> | 798 529 |
| <i>darunter</i> | | |
| <i>Erledigte Verfahren durch gerichtlichen Vergleich</i> | <i>Anzahl</i> | 115 770 |
| <i>darunter</i> | | |
| <i>nach vollständiger Konfliktbeilegung vor dem Güterichter</i> | <i>Anzahl</i> | 1 657 |
| <i>ohne Konfliktbeilegung oder ohne vollständige Konfliktbeilegung vor dem Güterichter</i> | <i>Anzahl</i> | 114 113 |

In den erledigten Verfahren haben die Beteiligten den Konflikt vor dem Güterichter

| | | |
|--|---------------|---------|
| <i>vollständig beigelegt</i> | <i>Anzahl</i> | 2 785 |
| <i>teilweise beigelegt</i> | <i>Anzahl</i> | 112 |
| <i>nicht beigelegt</i> | <i>Anzahl</i> | 2 228 |
| <i>Eine Verweisung vor den Güterichter hat nicht stattgefunden</i> | <i>Anzahl</i> | 793 404 |

D.h. von 798.529 Verfahren, die 2021 ihre Erledigung vor deutschen Zivilgerichten gefunden haben, hat eine Verweisung vor den Güterichter in 793.404 Fällen nicht stattgefunden, d.h. nur in 5.125 Fällen oder 0,642 % aller Verfahren wurde überhaupt ein Güterichter einbezogen. Das spricht gegen die praktische Akzeptanz und bestätigt die Erfahrungen des Verfassers.

Wurde ein Güterichter einbezogen, führte dies in 2.785 Fällen von 5.125 Fällen (Summe aller vollständig, teilweise oder nicht beigelegten Fälle) oder 54,34 % aller übertragenen Verfahren zum Erfolg, in 112 Fällen oder 2,18 % aller übertragenen Verfahren teilweise zum Erfolg; 2.228 Fälle oder 43,47 % aller übertragenen Fälle blieben erfolglos.

¹³⁶ vgl. BT-Drs. 17/8058, 21, BeckOK ZPO/Bacher a.a.O

¹³⁷ Werner/Pastor/Heinzerling, a.a.O. Rn. 489

¹³⁸ Werner/Pastor/Heinzerling, a.a.O. Rn. 491

¹³⁹ <https://www.destatis.de/DE/Service/Bibliothek/publikationen-fachserienliste-10.html#618978>
Fachserie 10, Reihe 2.1, 2021, Tabellen 1.2 und 2.4

Der Anteil zumindest teilweise erfolgreicher güterrichterlicher Verfahren an der Gesamterledigung ist mit $112 + 2.785 = 2.897$ von 798.529 Fällen, also 0,36 % kaum wahrnehmbar.

Gerade im baurechtlichen Bereich ist dieser Weg über Güterrichter und Mediation also schlicht praktisch irrelevant.

1.7 Der Einstweilige Rechtsschutz, §§ 935, 940 ZPO, § 650d BGB

Auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gem. §§ 935, 940 ZPO kann rechtliche Klärung zumindest vorläufig herbeigeführt werden. Dazu muss der Antragsteller darlegen, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (§ 935 ZPO) oder bei dauernden Rechtsverhältnissen zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen eine Regelung nötig erscheint (§ 940 ZPO). Allerdings hat der Gesetzgeber dies im bauvertraglichen Kontext zu recht als problematisch erachtet¹⁴⁰:

An das Bestehen eines Verfügungsgrundes stellt sie jedoch insoweit erhöhte Anforderungen: Der Antragsteller bedarf dringend der sofortigen Erfüllung seines Anspruchs; die geschuldete Handlung muss, soll sie nicht ihren Sinn verlieren, so kurzfristig zu erbringen sein, dass die Erwirkung eines Titels im ordentlichen Verfahren nicht mehr möglich erscheint; dem Antragsteller müssen aus der Nichtleistung Nachteile drohen, die schwer wiegen und außer Verhältnis zu dem Schaden stehen, der dem Antragsgegner droht (vgl. Musielak/Voit/Huber, ZPO, 12. Auflage 2015, § 940 Rn. 14; Zöller/Vollkommer, ZPO, 31. Auflage 2016, § 940 Rn. 6). Diese insbesondere im Unterhaltsrecht entwickelten Voraussetzungen dürften trotz ihrer großen Bedeutung für die Liquidität von Bauunternehmern nach geltendem Recht in Bezug auf Abschlagsforderungen zumeist nicht gegeben sein.

Aus diesen Antrieb wurde ein letztes, noch recht junges Verfahren geschaffen. Es wurde im Zusammenhang mit der rechtlichen Neugliederung des Werkvertragsrechts im Rahmen des neu geschaffenen Bauvertragsrechts §§ 650a ff BGB zum 01.01.2018 eingeführt und ist im Kontext der §§ 650b und 650c BGB zu sehen, auf die im Wortlaut des § 650d BGB auch ausdrücklich Bezug genommen wird.

Zur letztendlichen Regelung gab es eine lange Entstehungsgeschichte¹⁴¹, bei dem das Bestreben des Gesetzgebers vordringlich war, Streit der Vertragsparteien um die Wirksamkeit von Anordnungen zur Modifikation der geschuldeten Leistung und deren Vergütung im Interesse eines ungestörten Bauablaufs und zur Sicherung der Liquidität des Unternehmers möglichst rasch zu erledigen¹⁴². Schon im Regierungsentwurf wurde im Laufe des Gesetzgebungsprozesses betont, die Einführung sei im Hinblick auf die sich ständig ändernde Sachlage am Bau und die drohende Schaffung vollendeter Tatsachen, wenn ohne vorherige gerichtliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Anordnung weitergebaut werde, gerechtfertigt und vereinfache die

¹⁴⁰ BT Drucksache 18/8486, S. 58

¹⁴¹ Eingehend und detailliert dazu Kniffka, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, 24. Aktualisierung 2021, Stand: 07.06.2021 – Manteuffel, 31.1.A. Einleitung, Langen / Berger / Dauner-Lieb, *Kommentar zum Bauvertragsrecht*, 2. Auflage 2022, § 650d BGB, A Entstehungsgeschichte

¹⁴² Messerschmidt/Voit/Leupertz, 4. Aufl. 2022, BGB § 650d Rn. 1

Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes¹⁴³. Der Gesetzgeber ging also davon aus, dass Streitigkeiten über Anordnungen nach §§ 650b, 650c BGB, wenn nicht durch Verhandlungen zwischen den Parteien, so doch durch einstweilige Verfügungen beigelegt werden können¹⁴⁴. Gegenüber den allgemeinen Anforderungen gem. §§ 935, 940 ZPO weicht die besondere, durch § 650d BGB geschaffene Variante an einer einzigen Stelle¹⁴⁵ ab: Nach Baubeginn wird gesetzlich, aber widerleglich¹⁴⁶ vermutet, dass eine Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes „Dringlichkeit“ (oder wie es in § 940 ZPO heißt „zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig“) nicht erforderlich ist¹⁴⁷. Außerhalb des durch § 650d BGB geschaffenen Anwendungsbereichs bleibt die einstweilige Verfügung gem. §§ 935, 940 ZPO weiterhin möglich¹⁴⁸.

Dennoch führen beide Varianten eher ein Nischendasein. Für die allgemeine Variante nach §§ 935, 940 ZPO mag dies vor allem daran liegen, dass sich die Dringlichkeit selten darlegen lässt. Für die über § 650d BGB geschaffene Variante, in der die Dringlichkeit widerleglich vermutet wird, liegt dies eher an Unklarheiten des Anwendungsbereichs:

- In § 650d BGB ist allgemein nur von „Streitigkeiten“ die Rede, ohne dass dies definiert wäre oder der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren dafür ein Indikation gegeben hätte¹⁴⁹.
- Der Wortlaut des §650d BGB ist recht offen formuliert und lässt damit unnötig Spielraum dafür, ob Vorfragen oder auch andere Streitigkeiten im Zusammenhang mit Anordnungen und deren Vergütung in den Anwendungsbereich fallen¹⁵⁰.
- Seinem Wortlaut nach bezieht sich § 650d BGB nur auf Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gemäß § 650b BGB oder die Vergütungsanpassung gemäß §650c BGB. Streit besteht, die Anordnungen und deren Vergütungsfolgen, die auf der Grundlage der VOB/B erfolgen, einzubeziehen¹⁵¹, ebenso Architekten-, Ingenieur und Bauträgerverträge¹⁵².
- Seinem unscharfen Wortlaut nach greift § 650d BGB „nach Beginn der Bauausführung“. Es wird damit der Problemkreis eröffnet, ob als Beginn der Bauausführung bereits gelten soll, wenn mit Handlungen begonnen wird, die zur Erfüllung der geschuldeten Leistung erforderlich sind, die aber nicht am Ort der Baustelle zu erbringen sind¹⁵³, oder ob vielmehr die tatsächliche Arbeitsaufnahme auf der Baustelle tatbestandlich als Baubeginn gelten soll¹⁵⁴.

¹⁴³ Vgl. bspw. vgl. BTDrs 18/8486 S 55, Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, § 650d BGB, Rn. 1

¹⁴⁴ Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, § 650d BGB, Rn. 1

¹⁴⁵ Prütting a.a.O., Rn. 3, Kniffka iBrOK BauVertrR/Manteufel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650d Rn. 14

¹⁴⁶ Kniffka iBrOK BauVertrR/Manteufel, a.a.O. Rn. 36 und 39

¹⁴⁷ Prütting a.a.O., Rn. 3, Messerschmidt/Voit/Leupertz, 4. Aufl. 2022, BGB § 650d Rn. 2

¹⁴⁸ Kniffka iBrOK BauVertrR/Manteufel, a.a.O. Rn. 14

¹⁴⁹ Messerschmidt/Voit/Leupertz, 4. Aufl. 2022, BGB § 650d Rn. 4, Langen / Berger / Dauner-Lieb, Kommentar zum Bauvertragsrecht, 2. Auflage 2022, § 650d BGB, Rn. 13

¹⁵⁰ Messerschmidt/Voit/Leupertz, 4. Aufl. 2022, BGB § 650d Rn. 7

¹⁵¹ Zum Streitstand: Kniffka iBrOK BauVertrR/Manteufel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650d Rn. 8

¹⁵² Vgl. MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 650d Rn. 6, Kniffka iBrOK BauVertrR/Manteufel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650d Rn. 9, 10, 11

¹⁵³ BeckOK BGB/Voit, 63. Ed. 1.5.2022, BGB § 650d Rn. 5

¹⁵⁴ Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, § 650d Rz 34 mwN; Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher/Sacher 12. Teil Rz 104, Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, § 650d BGB, Rn. 9

- Es wird eine dem § 650b BGB innewohnende Streitigkeit prolongiert, ob Anordnungen zu den sog. Baumständen, insbesondere solchen, die unmittelbar auf die Bauzeit wirken, dem Anwendungsbereich des § 650b BGB unterfallen¹⁵⁵.
- § 650d BGB führt lediglich zur widerleglichen Vermutung, ein Verfügungsgrund bestehe. Trägt bei einer streitigen Vergütungsfrage bspw. ein Besteller vor, die von ihm vertretene Auffassung (einer aus Sicht des Unternehmers regelmäßig verkürzten oder zu unrecht gestrichenen/einbehaltenen Zahlung) führe nicht zu einer Existenzgefährdung des Unternehmers, kann der Vermutung leicht entgegengetreten werden¹⁵⁶. Damit wird die gesetzgeberische Intention konterkariert.
- Weinreich¹⁵⁷ kritisiert, der Gesetzgeber sei von unzutreffenden rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen und habe deshalb die Vielzahl drohender Probleme und Unklarheiten offenbar nicht erkannt. Im Tatsächlichen werde vor allem verkannt, dass nicht nur ein Bedürfnis für die (schnelle) Klärung isolierter Streitigkeiten im Zusammenhang mit §§ 650b, 650c BGB besteht. Vielmehr müsse die (Eil-)Entscheidung über die Wirksamkeit der Anordnung mit derjenigen über die vorläufig bindende Festlegung der zu zahlenden Mehrvergütung verknüpft werden (können). Nur auf diese Weise würden die Vertragsparteien frühzeitig Gewissheit über die Auswirkungen der Anordnung erlangen, wodurch wiederum die Grundlage für die angestrebte durchgreifende Befriedung des Bauablaufs geschaffen würde. Das ließe sich im einstweiligen Verfügungsverfahren jedoch nicht erreichen, weil Entscheidungen betreffend die (zutreffende) Höhe der Vergütung erst nach Durchführung der angeordneten geänderten Leistungen möglich wären¹⁵⁸. Vorher bestehe für den Unternehmer kein Verfügungsgrund für eine Klärung.

Insgesamt erscheinen die Instrumente der einstweiligen Verfügung, sei es in der normalen Variante §§ 935, 940 ZPO oder in der bauvertraglichen Variante §§ 935, 940 ZPO iVm. § 650d BGB kein Mittel der bevorzugten Wahl. Man könnte sogar daran denken, den dispositiven § 650d BGB abzubedingen; dies wäre individualvertraglich sogar möglich, durch Allgemeine Geschäftsbedingung wegen des Leitcharakters (auch im kaufmännischen Bereich) aber nicht¹⁵⁹.

1.8 Das Schiedsrichterliche Verfahren §§ 1025ff ZPO

Das schiedsrichterliche Verfahren der ZPO bietet (im Rahmen der Zuständigkeit) wie eine zivilrechtliche Klage die Möglichkeit zur umfassenden Klärung einer Streitigkeit. Ebenso wie die Klage hemmt auch der Beginn des Schiedsverfahrens die Verjährung § 204 I Nr. 1 BGB.

Der Schiedsspruch gem. §§ 1051ff ZPO ist dem gerichtlichen Urteil gleichgestellt §1055 ZPO. Gemeinsam mit der Klage hat die Schiedsklage die Erlangung eines Vollstreckungstitels § 794 I Nr. 4a ZPO, sofern der Schiedsspruch § 1051 ff ZPO oder

¹⁵⁵ Kniffka iBrOK BauVertrR/Manteufel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650d Rn. 12, eingehend: Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650b Rn. 62-65/1

¹⁵⁶ Messerschmidt/Voit/Leupertz, 4. Aufl. 2022, BGB § 650d Rn. 25

¹⁵⁷ Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, § 650d BGB, Rn. 2

¹⁵⁸ vgl. Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, § 650d Rz 48 ff

¹⁵⁹ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 947a, BeckOK BauVertrR/Althaus/Leupertz BGB § 650d, Rn.51; Langen/Berger/Dauner-Lieb-Langen, § 650d BGB Rn. 60 f

der Schiedsvergleich § 1053 ZPO für (vorläufig) vollstreckbar erklärt worden ist. Sie strebt also (wie die Klage auch) weniger den gütlichen Ausgleich, sondern die verbindliche Entscheidung an¹⁶⁰. Wie die Klage auch muss das schiedsrichterliche Verfahren effektiven Rechtsschutz bieten und rechtsstaatlichen Mindeststandards entsprechen¹⁶¹.

Eine Klage kann einseitig durch Klageerhebung (§§ 253 ff ZPO) herbeigeführt werden. Für das schiedsrichterliche Verfahren ist dagegen eine grundlegende Verständigung zwischen den Parteien erforderlich, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen (vgl. § 1029 ZPO), was bereits im zwischen den Parteien zu schließenden Vertrag erfolgen kann (als Schiedsklausel § 1029 II 2. Alt. ZPO) oder als eigenständige Vereinbarung (als Schiedsabrede § 1029 II 1. Alt. ZPO). D.h. das schiedsrichterliche Verfahren fußt letztlich auf Freiwilligkeit, nämlich der Freiwilligkeit der Grundentscheidung und somit auf dem Prinzip der Privatautonomie¹⁶².

Tatsächlich kommt dieser grundlegenden Schiedsvereinbarung, nämlich Schiedsklausel oder Schiedsabrede, erhebliche Bedeutung zu, denn gem. § 1032 ZPO führt ihr Vorliegen zur Unzulässigkeit einer gerichtlichen Klage, die Gegenstand einer wirksamen Schiedsvereinbarung ist¹⁶³. Umgekehrt kann auf der Grundlage einer wirksamen Schiedsvereinbarung ungeachtet eines anhängigen gerichtlichen Verfahrens eine schiedsrichterliche Klage sowohl eingeleitet als auch fortgesetzt werden § 1032 III ZPO, d.h. es soll jegliche Blockade des schiedsrichterlichen Verfahrens vermieden werden¹⁶⁴. Mit Recht ist daher sogar vom Vorrang des schiedsrichterlichen Verfahrens vor der gerichtlichen Klage zu sprechen¹⁶⁵.

Allerdings gilt das nicht in vergleichbarer Weise für das Verhältnis zwischen Schiedsverfahren und einstweiligem Rechtsschutz. Abweichend von § 1032 ZPO regelt nämlich § 1033 ZPO, dass Gerichte eigene vorläufige Entscheidungen treffen können - ungeachtet der Tatsache, dass § 1041 ZPO auch dem Schiedsgericht das Recht zu vorläufigen oder sichernden Maßnahmen einräumt oder auch ungeachtet der Tatsache, dass die Parteien in der Schiedsvereinbarung dem Schiedsgericht diese Möglichkeit zur vorläufigen und sichernden Maßnahmen einräumt¹⁶⁶. D.h. insoweit besteht ungeachtet der Schiedsvereinbarung oder eines laufenden Schiedsverfahrens eine originäre, gleichrangige Zuständigkeit¹⁶⁷.

Dennoch sollte man trotz dieser mißlichen Parallelität, die die Gefahr inkongruenter Einschätzungen, Maßnahmen und Doppelentscheidungen¹⁶⁸ in sich birgt, durchaus auch den Vorteil sehen: Gerichte stellen Spruchkörper für den einstweiligen Rechtsschutz jederzeit zur Verfügung. Einstweilige Maßnahmen durch Gerichte können insoweit binnen kürzester Zeit realisiert werden, was bspw. im Bereich des geistigen Eigentums oder im Sportrecht höchst vorteilhaft ist.

¹⁶⁰ Gergen, Teil 1, II 1, S. 26

¹⁶¹ Anders/Gehle/Anders, 81. Aufl. 2023, ZPO § 1029 Rn. 2, Gergen, a.a.O. S. 27

¹⁶² Gergen, a.a.O. S. 26f, Anders/Gehle/Anders, 81. Aufl. 2023, ZPO § 1029 Rn. 2

¹⁶³ Musielak/Voit/Voit, 19. Aufl. 2022, ZPO § 1032 Rn. 1

¹⁶⁴ Musielak/Voit/Voit, a.a.O., Rn. 15,

¹⁶⁵ Musielak/Voit/Voit, a.a.O., Rn. 1

¹⁶⁶ OLG Frankfurt NJOZ 2021, 59 Rn. 23; OLG Frankfurt BeckRS 2013, 10147, Rn. 9 = SpuRt 2013, 206.

¹⁶⁷ Anders/Gehle/Anders, 81. Aufl. 2023, ZPO § 1033, Rn. 1

¹⁶⁸ Anders/Gehle/Anders, 81. Aufl. 2023, ZPO § 1033, Rn. 9

Einstweilige Maßnahmen des Schiedsgerichts setzen dagegen voraus, dass sich das Schiedsgericht bereits konstituiert und sodann in der „einstweiligen Sache“ abgestimmt hat.

In der Praxis sind die vorstehenden (und darüber hinausgehenden) Überlegungen meist schon recht früh anzustellen. Regelmäßig enthalten im bauvertraglichen Bereich die zirkulierenden Vertragsentwürfe auch Schiedsklauseln, so dass schon im Zuge der allgemeinen Vertragsverhandlungen, d.h. zum quasi frühestdenkbaren Zeitpunkt des Zusammentreffens der Parteien, die nötigen Weichenstellungen getroffen werden müssen. Nach praktischer Erfahrung werden in den Verhandlungen über das Für und Wider des gerichtlichen Wegs (über die Gerichtsstandvereinbarung § 38 ZPO und/oder die Vereinbarung des Erfüllungsorts § 29 II ZPO) oder des schiedsgerichtlichen Weges recht grundsätzliche Argumente ausgetauscht¹⁶⁹:

- kürzere Verfahrensdauer¹⁷⁰
Dies ist nach Erfahrung des Verfassers ein gerne genutztes Argument. Allerdings ist dagegen einzuwenden, dass es hierfür keine allgemeine statistische Faktenbasis wie offizielle Statistiken oder wissenschaftliche Erhebungen gibt, sondern allenfalls die Erfahrungswerte der beteiligten Einzelpersonen¹⁷¹. Der Verfasser selbst kennt sowohl sehr schnelle Verfahren wie aber auch sehr lange, das längste eigene und immer noch andauernde Schiedsverfahren datiert aus 2007.
- größere Freiheit in der Verfahrensgestaltung und höhere Effizienz
Unbestreitbar lässt das schiedsrichterliche Verfahren größere Freiheiten und Flexibilitäten im Verfahrensablauf¹⁷², bspw. nach Terminierung, thematischer Zuspitzung, Gestaltung, Art und Ort des Termins. Allerdings steht und fällt dies meist mit der Kompetenz und Erfahrung des Schiedsgerichts, vor allem des Vorsitzenden, die Dinge sinnvoll zu lenken und zu steuern. Denn in der Praxis wird für die Vereinbarung von Schiedsgerichten die von dem präferierten Schiedsgericht (meist sogar online) publizierte Schiedsklausel in nicht oder nur unwesentlich modifizierter Form genutzt, sodass die Parteien in Wahrheit von eigenen Gestaltungsmöglichkeiten absehen. Letztlich stellt auch Bietz zu recht die Frage, worauf diese Effizienz also zurückzuführen sein mag¹⁷³.
- Besondere Sachkunde der Schiedsrichter
Der Kreis der Schiedsrichter ist nicht limitiert. In der Praxis finden sich deshalb häufig Vorschläge, als Schiedsrichter technisch oder fachlich Kundige einzusetzen. Mit der Stärke im technisch-fachlichen Bereich geht dann aber häufig eine Schwäche in anderen Bereichen wie bspw. dem Rechtlichen einher. Dies wird jedoch in der Argumentation gerne übersehen, kann sich jedoch bei Ein-Personen-Schiedsgerichten als höchst fatal erweisen; ebenso auch bei Drei-Personen-Schiedsgerichten, die sich regelmäßig aus dem Schiedsrichter der eigenen Wahl, dem der Wahl der anderen Partei und der/dem durch die so bestimmten Schiedsrichter gekorenen Vorsitzenden zusammensetzt. Wer dann

¹⁶⁹ Vgl. bspw Musielak/Voit/Voit, 19. Aufl. 2022, ZPO § 1025 Rn. 2, Ausführungen der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit DIS e.V. <https://www.disarb.org/schiedsgerichtsbarkeit/schiedsverfahren>

¹⁷⁰ Bietz: Baustreitigkeiten vor dem Schiedsgericht, NZBau 2003, 177, I 1, Musielak/Voit/Voit, 19. Aufl. 2022, ZPO § 1025 Rn. 2

¹⁷¹ Bietz, a.a.O., I 1

¹⁷² Gergen a.a.O., S. 27, Bietz a.a.O

¹⁷³ Bietz a.a.O., I 2

bspw. den Techniker statt des Juristen als eigenen Schiedsrichter wählt, sucht den Vorteil, die technischen Themen im Schiedsverfahren zu dominieren, aber riskiert, in allen Rechtsfragen, die sich im Schiedsverfahren unausweichlich auch stellen, innerhalb der Meinungsbildung und Entscheidungsfindung des Schiedsgerichts schlicht nicht wirksam repräsentiert zu sein. Es ist also ein zweiseitiges Schwert.

- im Vergleich zu einem mehrinstanzlichen Rechtsstreit geringere Kosten
Dies hängt letztlich von der Gebührenordnung des jeweiligen Schiedsgerichts ab.
- keine Zulassung der Öffentlichkeit
Auch dies mag Vorteil oder Nachteil sein.
- Beschränkbarkeit des Verfahrensgegenstandes auf einzelne Elemente eines Rechtsverhältnisses ohne Überprüfung im Übrigen¹⁷⁴
Dieses Argument taucht seltener auf und erscheint auch nicht besonders gewichtig, denn im Klageweg kann immerhin der Kläger über die Definition der Streitgegenstände in der Klageschrift § 253 ZPO eine Zuspitzung ohne Überprüfung im Übrigen erreichen.
- die Vermeidung von Grundsatzentscheidungen staatlicher Gerichte
Diese Aussage ist zunächst scheinbar richtig, denn die Bindungswirkung entfaltet der Schiedsspruch nur zwischen den Parteien. Allerdings veröffentlichen auch Schiedsgerichte (bspw. im Sportrecht) ihre Entscheidungen und nehmen in Folgeentscheidungen darauf Bezug.
- Akzeptanz des Schiedsgerichts aufgrund fehlender Rechtstraditionen
Gerade in bestimmten Regionen der Welt besteht zudem gegenüber staatlichen Gerichten ein gewisser Vorbehalt und auch keine im Sinne des UNCITRAL gewachsene staatliche Rechtstradition; Anfragen des Verfassers bei Kollegen, die in Ägypten, der Golf-Region, Saudi-Arabien oder Nordafrika tätig sind, ergaben, dass das Schiedsgericht Mittel der Wahl ist¹⁷⁵. Hinzu kommt bspw., dass in manchen Ländern mit islamischer Rechtstradition bspw. Zinsen nicht ausgeurteilt werden dürfen, weil die Sharia entgegensteht¹⁷⁶. Solche Besonderheiten im Einzelfall weisen den Weg eher zu Schiedsgerichten.
- Vorteile des Schiedsspruchs gegenüber dem Urteil eines staatlichen Gerichts bei der Vollstreckung im Ausland
Dies ist ein unbestreitbarer Vorteil im Einzelfall, denn aufgrund der New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), der sich Stand 07.01.2023 insgesamt 171 Staaten, darunter auch Deutschland, angeschlossen haben¹⁷⁷, lässt sich jedenfalls außerhalb Deutschlands und außerhalb der EU eine größere Reichweite erzielen. Dennoch sollte man sich bewusst sein, dass die Vollstreckung im Ausland immer im Einklang mit dem jeweiligen Ordre public stehen muss¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Musielak/Voit/Voit, 19. Aufl. 2022, ZPO § 1025 Rn. 2

¹⁷⁵ Dank an dieser Stelle insb. an die Kollegen Dr. jur. Christian Steiner und Dr. jur. Ule sowie auch (für Marokko): Salger/Trittmann-Steiner, Praxishandbuch Internationale Schiedsverfahren, Abschnitt VIII Naher Osten und Afrika

¹⁷⁶ Salger/Trittmann-Steiner, a.a.O. § 24 Rn. 964

¹⁷⁷ https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2

¹⁷⁸ Für Deutschland vgl. § 1059 II b, 1061 ZPO, für Frankreich vgl. Art. 1520 Nr. 5 Code de Procédure Civile, Art. 5 II b New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958

Aber auch Nachteile sollten abgewogen werden:

- die ggf. eiligste Erreichbarkeit für einstweiligen Rechtsschutz (s.o.)
- die Schwierigkeit der Einbeziehung von Dritten, die nicht Partei der Schiedsvereinbarung sind und ggf. auch nicht willens sind, sich im Verfahren zu beteiligen¹⁷⁹.
- Verfahrensverzögerung durch Verschleppen der Benennung des eigenen Schiedsrichters¹⁸⁰: immerhin kann hier über § 1035 III 3 ZPO eine Ersatzbenennung durch ein Gericht erfolgen oder die Schiedsvereinbarung selbst oder die Schiedsordnung, die dem Schiedsverfahren zugrund liegt, sieht eine Ersatzbenennung vor¹⁸¹.

Letztlich ist es dem Gusto, der inneren Überzeugung der verhandelnden Parteien und deren Verhandlungsgeschick überlassen, ob man dem schiedsgerichtlichen Verfahren oder dem Klageweg den Vorzug geben möchte.

1.9 Mediation nach dem Mediationsgesetz

Die europäische Mediationsrichtlinie vom 21.5.2008¹⁸² wurde in Deutschland durch das Mediationsgesetz vom 26.7.2012¹⁸³ umgesetzt. Schon die bis dahin verstrichene Zeit von mehr als 4 Jahren spricht für sich. Wesentlich ist jedenfalls, dass die Parteien sich (wie im schiedsgerichtlichen Verfahren auch) der Mediation freiwillig unterwerfen müssen §§ 1 II, 2 II Mediationsgesetz.

Damit endet das wirklich greifbar regulierte jedoch schon fast. Nach § 2 II Mediationsgesetz muss der Mediator die Parteien über die Grundsätze und den Ablauf des Mediationsverfahrens informieren. Allerdings gibt das Gesetz keine Verfahrensregeln vor¹⁸⁴, sieht man einmal vom inhaltlich schwammigen § 2 III Mediationsgesetz ab, wo Allparteilichkeit und Kommunikationsförderung genannt werden. Auch verfestigte Standards gab es jedenfalls 2012 noch nicht¹⁸⁵.

Bezeichnend ist, dass die Anrufung eines Mediators keine Hemmung gem. § 204 BGB bewirkt. Allenfalls erscheint eine Hemmung der Verjährung gem. § 203 BGB möglich. Sofern die Parteien in einer Vereinbarung bereits eine Mediationsklausel aufgenommen hatten, dürfte schon die Anrufung des Mediators die Hemmung bewirken¹⁸⁶.

Für die Mediation werden ähnliche Argumente vorgebracht wie für das schiedsgerichtliche Verfahren¹⁸⁷:

¹⁷⁹ Garbe-Emden: Nachteile von Schiedsverfahren, BauR 2012, 1035

¹⁸⁰ Bietz a.a.O. II 1

¹⁸¹ Vgl. bspw. § 8 IV, V und VI Schiedsgerichtsordnung Bauwesen (SGO Bau), Art. 13 Schiedsgerichtsordnung DIS 2018, Artikel 11 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), geändert 2006 https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration

¹⁸² Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21.5.2008

¹⁸³ Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren außergerichtlicher Konfliktbeilegung (MediationsG) v. 26.7.2012, BGBl. I 1577, zuletzt geändert durch VO v. 31.8.2015, BGBl. I 1474

¹⁸⁴ Risse: Das Mediationsgesetz – eine Kommentierung (SchiedsVZ 2012, 244, 247)

¹⁸⁵ Risse a.a.O.

¹⁸⁶ Messerschmidt/Voit-Boldt, Privates Baurecht, 4. Auflage 2022, T I 6 Rn. 15, MüKoBGB/Grothe, 9. Aufl. 2021, BGB § 203 Rn. 8

¹⁸⁷ Messerschmidt/Voit-Boldt, a.a.O., Rn. 10, Risse NJW 2000, 1614, 1618

- Im Rahmen der Mediation können Hintergründe des Konflikts und die Interessen der Parteien besser herausgearbeitet und berücksichtigt werden.
- Das Mediationsverfahren ist nicht zwingend auf den Streitgegenstand beschränkt.
- Gibt es mehrere Streitverfahren der Beteiligten, können diese im Mediationsverfahren gemeinsam gelöst werden.
- Die Beteiligten selbst bestimmen die Lösung des Konflikts. So kann eine tragfähige Beziehung für die Zukunft erhalten und geschaffen werden.
- Es entsteht eine größere Akzeptanz bei den Beteiligten.
- Die Mediation ist nicht öffentlich; alles was während der Mediation besprochen wird, ist vertraulich.
- Ein Termin beim Mediator steht zeitnah zur Verfügung, so dass eine schnelle Lösung gefunden werden kann.

Allerdings sind auch Einwände zu berücksichtigen:

- Sowohl der Mediator als auch jede Partei kann die Mediation jederzeit beenden § 2 Abs. 5 Mediationsgesetz, d.h. im Positiven wie im Negativen hängt alles vom Willen der Parteien und des Mediators ab, die Mediation zu einem erfolgreichen Ende zu führen, ansonsten verliert man lediglich Zeit und jegliche als Vorteil ins Feld geführte Ersparnis von Zeit und/oder Kosten kehrt sich um¹⁸⁸.
- Die Mediation ist nicht mit der Eilbedürftigkeit mancher Klärungen vereinbar¹⁸⁹.
- Ein starkes Machtungleichgewicht der Parteien findet aufgrund der Allparteilichkeit des Mediators (s.o.) und des Fehlens eines Korrektivs seine Fortsetzung¹⁹⁰.
- Unlautere Parteien könnten versuchen, über die Mediation Kenntnisse zu erlangen, auf die sie bei Anwendung der Verfahrensregelungen, insbesondere Beweisregelungen der ZPO keinen Anspruch hätten, und könnten diese Kenntnisse sodann unter Scheitern-Lassen der Mediation im streitigen Verfahren einbringen¹⁹¹.
- Unlautere, illiquide Parteien können sich mittels einer Mediation Zahlungsaufschub verschaffen¹⁹².

Letztlich spielt diese Ausgangskonstellation denen in die Hände, die Zeit haben oder Zeit brauchen. Eine tatsächliche Relevanz in der baurechtlichen Praxis konnte der Verfasser bislang nicht feststellen.

1.10 Zusammenfassung und Fazit

Auch nach den jetzt insgesamt vorgestellten gesetzlichen (De-) Eskalationsmodellen verbleibt es bei dem in 1.2.6 Gesagten.

Letztlich stellt das Gesetz einige Möglichkeiten bereit, Streitiges in gerichtliche Bahnen zu lenken. Dabei haben die Parteien in Abhängigkeit von ihren jeweiligen Interessenlagen die Chance, diese Wege mitunter schon durch vertragliche

¹⁸⁸ Messerschmidt/Voit-Boldt, a.a.O., Rn. 22

¹⁸⁹ Messerschmidt/Voit-Boldt, a.a.O, Rn. 23, Risse NJW 2000, 1614, 1620

¹⁹⁰ Risse a.a.O

¹⁹¹ Messerschmidt/Voit-Boldt, a.a.O. Rn. 23, Risse a.a.O., Weigand, BB 1996, 2106, 2108, Casper/Risse, ZIP 2000, 437, 440

¹⁹² Risse a.a.O.,

Ausgestaltung oder in der späteren Vorbereitung des Streitfalls zu beeinflussen, ausgehend in der Regel von den Fragestellungen:

- welche Vollstreckungsmöglichkeiten und -chancen hätte man mit einem gewonnenen Titel?
- welcher Gerichtsstand erscheint dafür vorzugswürdig?
 - wie technik-affin sind Erstinstanz bzw. Zweitinstanz?
 - hat die zugehörige Zweitinstanz ein ausgewiesenes baurechtliches Profil, das auf die Untergerichte abstrahlt?
 - hat die mögliche Erstinstanz eine bekannte baurechtliche Kompetenz und ist diese eher (sofern die Erstinstanz ein Landgericht ist) bei einer allgemeinen Kammer oder der Kammer für Handelssachen angesiedelt?
 - ist das Gericht einer Partei "geneigt"?
 - sind alle in Betracht kommenden Gerichte im selben Staat angesiedelt, dessen materielles Recht auf den potentiellen Streitfall anwendbar ist (Einheitliches Forum)?
- kann man den Gerichtsstand durch Wahl § 38 ZPO oder Wahl des Erfüllungsorts für sich positiv beeinflussen?
- soll man eine umfassende Klärung anstreben oder genügt es in Einschätzung der Streitgegner, sich auf die schnelle, vorläufige Klärung, die Klärung der reinen Tatsachen und Fakten zu fokussieren?

Abhängig von den jeweiligen Interessen der Vertragsparteien werden in der Praxis vor allem die Hebel der Gerichtsstandsvereinbarung und die Wahl der Verfahrensart angesetzt, um eine für sich möglichst günstig gewählte Ausgangslage zu erzeugen.

Insgesamt haben sich in der Praxis dabei folgende (De-)Eskalationsmodelle als führend herausgebildet:

- Durch Festlegung im Bauvertrag: die Wahl eines Gerichtsstands und/oder Erfüllungsorts
- Im späteren Streitfall: zivilrechtliche Klage oder selbständiges Beweisverfahren vor dem vereinbarten oder sich über den Erfüllungsort ergebenden Gericht, jeweils flankiert durch Streitverkündung bzw. Nebenintervention

2 Gesetzliche Eskalationsmodelle durch materielles Gesetzesrecht

2.1 Äquivalenzverhältnis

Einleitend zu diesem Abschnitt möchte der Verfasser auf den Gedanken der Äquivalenz eingehen, um diesem Gedanken für den weiteren Fortgang fruchtbar zu machen. In einer bemerkenswerten Entscheidung hatte der Bundesgerichtshof zum Ausgleich einer Übervorteilung des Bestellers bei der Beseitigung eines funktionalen Mangels durch den Unternehmer folgendes ausgeführt (Hervorhebung durch den Verfasser):

„Haben die Parteien neben dem Werkerfolg eine bestimmte Herstellungsart nach Vorgaben des Auftraggebers ausdrücklich vereinbart, so wird regelmäßig nur diese durch die Vergütungsvereinbarung abgegolten. Schuldet der Auftragnehmer zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs zusätzlichen Herstellungsaufwand, der nicht von der Vergütung erfasst ist, ist das rechtsgeschäftlich festgelegte Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gestört. Im Rahmen eines Vertrags, in den die VOB/B (2006) einbezogen ist, schaffen die Regelungen in §§ 1 Nr. 3 und 4, § 2 Nr. 5 und § 2 Nummer 6 VOB/B (2006) hierfür einen Ausgleich. Danach kann der Auftraggeber den zur Erreichung des Werkerfolgs erforderlichen zusätzlichen Herstellungsaufwand anordnen. Dem Auftragnehmer steht hierfür eine Nachtragsvergütung zu, die sich nach § 2 Nr. 5 oder § 2 Nr. 6 VOB/B (2006) oder bei fehlender Anordnung nach § 2 Nr. 8 VOB/B (2006) bestimmt.“¹⁹³

Schon hier ist von einem rechtsgeschäftlich festgelegten Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung die Rede.

Auch in anderen Entscheidungen des BGH oder in der Literatur ist von diesem Äquivalenzverhältnis (meist unter dem Gesichtspunkt der Störung dieses Äquivalenzverhältnisses) die Rede ¹⁹⁴. In der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung findet sich ebenso die Begrifflichkeit des „ausgehandelten Äquivalenz- und Ordnungsgefüges des Vertrags“ ¹⁹⁵. Mit diesem Äquivalenzverständnis steht der BGH auch nicht alleine: bspw. in Österreich wird dies genauso gesehen ¹⁹⁶

Durch den Vertrag schaffen also die Parteien für ihren Einzelfall dieses vertragliche Äquivalenzgefüge, das dann je nach Qualität des durch Verhandeln erzielten Resultats in der Erfüllungsphase bis hin zum Eintritt der Verjährung eskalierend oder deeskalierend wirken kann.

¹⁹³ BGH NJW 2018, 391, 394, Rn. 37 und 38

¹⁹⁴ BGH ZfBR 2019, 777, 780 Rn. 35, Leinemann: Der Ukraine-Krieg als ein auf (Bau-)Verträge einwirkendes Ereignis höherer Gewalt im Vertrags- und Vergaberecht (Ukraine-Krieg und Recht 2022, 53, Rn. 13), MüKoBGB/Ernst, 9. Aufl. 2022, BGB § 275 Rn. 89, Steffen / Hofmann: Vertragsgegenstand vs. Geschäftsgrundlage – Preisanpassungsanspruch bei unerwarteten Umständen - BauR 2012, 1, 5, Messerschmidt/Voit/Lenkeit, 4. Aufl. 2022, BGB § 650I Rn. 79, MüKoBGB/Wurmnest, 9. Aufl. 2022, BGB § 308 Abs. 4 Rn. 16, Halfmeier/Leupertz-Leupertz, Bauvertragsrecht online – Rechtsprechungskommentar, III/2011, § 631, B 2.8; BGH NJW 1958, 906, BGH NJW 1959, 203; BGH NJW 1962, 250.

¹⁹⁵ Greiner: Störungen des Austausch- und Äquivalenzverhältnisses als Kündigungstatbestand, RdA 2007, 22, BGH NZM 2005, 144, II 1 a, Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht, BAG, 23.03.2011, 10 AZR 562/09; Rn. 27,

¹⁹⁶ OGH 2 Ob 203/08d, Karasek, „Die Preisbasis und die Preisgrundlagen des Vertrags“, bau aktuell 2012, 118, 122, Kropik, „die Ermittlung der angemessenen Entschädigung nach § 1168 ABGB“, bau aktuell 2018, 33ff

Es setzt auf den gesetzlichen Grundlagen auf (dazu dieser Abschnitt 2) und versucht, das gesetzlich geregelte, teils zwingende, teils dispositive Gefüge im Sinne der eigenen Interessen möglichst günstig zu gestalten, eigene Besserstellungen zu mehren, verstärken und abzusichern sowie fremde Besserstellungen zu mindern, zu begrenzen oder auszuschließen (dazu Abschnitt 3), bis dann ab dem Moment des Vertragsschlusses gilt: „pacta sunt servanda“¹⁹⁷. Der Vertrag ist dann (wie geschlossen) einzuhalten und zu vollziehen.

Damit kommt dem ausgehandelten Vertrag für die bauvertragliche Abwicklung erhebliche Bedeutung zu. Im Moment des Vertragsschlusses steht das vertragliche Äquivalenzgefüge fest, Änderungen der Regelungen sind nur noch im Einvernehmen (§ 311 I 1 2. Alt. BGB „Änderungsvertrags“) oder in Ausnahmefällen (bspw. § 313 BGB Wegfall der Geschäftsgrundlage) erlaubt.

Es wäre jedoch ein Mißverständnis, diese nachstehend anzusprechenden Aspekte, die die gesetzliche Äquivalenz schaffen, als alleinstehende Themen zu verstehen. Tatsächlich bestehen Wechselwirkungen. Deshalb sind die Einzelaspekte der Äquivalenz (und später auch die Beeinflussung durch vertragliche Modifikationen) sowohl für sich genommen wie auch in ihrer Wechselwirkung oder etwaigem Ausgleich in einem anderen Einzelaspekt zu sehen.

Die baurechtliche Praxis zeigt, dass dieses Äquivalenzgefüge sich in aller Regel in Spannungslagen beweisen muss, die einzelfallübergreifend immer wieder auftreten und sich so zu den nachbestehend zu betrachtenden Eskalationsfeldern verdichten. Es ist deshalb geboten, das Äquivalenzgefüge im gesetzlichen Ausgangspunkt aufzuzeigen und zu bewerten, um sodann im Lichte dieser Eskalationsfelder das vertragliche, das gesetzliche Äquivalenzgefüge ggf. modifizierende Äquivalents zu betrachten.

Mit der Einführung des Bauvertragsrechts zum 01.01.2018 ist auch der Gesetzgeber (jedenfalls für Modifikationen der geschuldeten Leistung) auch von einer solchen ganzheitlichen Sicht ausgegangen:

Zum einen geht es ihm darum, vorgelagert Einvernehmen (auch hinsichtlich der Folgen) zwischen den Parteien zu versuchen, bevor ein Anordnungsrecht entstehen kann¹⁹⁸. Zum anderen will er dem auf eine längere Erfüllungszeit angelegten Bauvertrag und dem komplexen Baugeschehen gerecht werden, insbesondere wenn während der Ausführung des Baus Veränderungen eintreten¹⁹⁹; Baustillstand soll vermieden werden²⁰⁰. Zum dritten beachtet er das unternehmerseitige Interesse an der Sicherung seiner Liquidität²⁰¹ und der Maßstab der Berechnung²⁰².

Zwischen diesen einzelnen, isoliert betrachteten Zielsetzungen besteht dergestalt ein Wechselspiel, dass sie teilweise unmittelbar voneinander abhängig sind und teilweise aufeinander aufbauen. Dementsprechend können die daraus resultierenden tragenden Gesetzesbilder bildhaft gesprochen – nicht in einzelne Gesichtspunkten „zerlegt“ werden. Vielmehr sind sie stets als „Ganzes“ zugrunde zu legen²⁰³.

¹⁹⁷ siehe oben Fn. 1

¹⁹⁸ BT-Drucksache 18/8486, S. 53, Popescu BauR 2019, 317, 324

¹⁹⁹ BT-Drucksache 18/8486, S. 53, Popescu BauR 2019, 317, 324,

²⁰⁰ Popescu a.a.O., BT-Drucks. 18/11437, S. 38.

²⁰¹ BT-Drucksache 18/8486 S. 56f, Popescu BauR 2019, 317, 324, Franz/Goepner, BauR 2018, 557

²⁰² Popescu a.a.O

²⁰³ Popescu a.a.O.

2.2 Gesetzliches, bauvertragliches Äquivalenzgefüge allgemein

2.2.1 Gesetzliche Basis

Das bauvertragliche Äquivalent nimmt in den gesetzlichen Normen seinen Ausgang. Vereinfacht könnte man in einer Gesamtschau sagen: jeder Partei kommen Rechte, Hauptpflichten, Nebenpflichten, Obliegenheiten, übernommene Gefahren und Risiken, terminliche Verantwortlichkeiten sowie Zahlungsverpflichtungen zu.

Gerade für den Unternehmer mag die Aussage der Zahlungspflicht für den Moment erstaunen, ist doch nur in §§ 631 I, 632, 632a BGB von Zahlungspflichten des Bestellers die Rede, woraus zu folgern ist, dass die Zahlungspflicht für dem Unternehmer im gesetzlichen Ausgangspunkt Null ist. Dennoch zeigt die Praxis, dass sich dies durch vertragliche Regelungen ändern kann bspw. durch Kostenbeteiligungs- oder Umlageregelungen für Baustrom, Bauwasser, Sanitäreinrichtungen, Versicherungen, Abfallbeseitigung oder auch infolge von Haftungssituationen. Deshalb gilt es diesen Punkt schon jetzt zu erwähnen.

2.2.2 Aktuelles Grundkonzept des Werkvertrags

Der Werkvertrag ist nach seiner gesetzlichen Konzeption ein punktueller Austauschvertrag im Zeitpunkt der Abnahme²⁰⁴. Prinzipiell zählt das Werk, also der werkvertragliche Erfolg, wobei nach der vertraglichen Grundkonzeption der Unternehmer allein für diesen Erfolg verantwortlich ist und es ihm überlassen bleibt, wie er ihn herbeiführt²⁰⁵.

Bedenkt man, dass der Prozess des Bauens damit beginnt, ein bei Vertragsschluß noch nicht vorhandenes oder nur geplantes Werk zu errichten, bedenkt man weiter, dass die Erfüllung des Werks mit der Abnahme (§ 640 BGB) eintritt, so fällt auf, dass der ganze Weg dorthin, der Vorgang der Erstellung des Werks, der Herstellungsprozess im BGB als solches überhaupt nicht geregelt ist²⁰⁶, es wurde sogar als entbehrlich angesehen²⁰⁷.

Dabei liegt es im Wesen des Bauvertrags, dass

- der Herstellungsprozess in der Regel eine gewisse Dauer beansprucht²⁰⁸, der BGH nennt ihn sogar einen Langzeitvertrag²⁰⁹, ohne dass dadurch ein Dauerschuldverhältnis entstünde²¹⁰.
- aus dieser längeren Dauer Veränderlichkeiten des Bauens in technischer und zeitlicher Hinsicht Anpassungsnotwendigkeiten entstehen²¹¹.

²⁰⁴ Kniffka, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, 24. Aktualisierung 2021, Stand: 07.06.2021, Einführung vor § 631 BGB, 3.2.1 B I, Kapellmann/Messerschmidt-von Rintelen, VOB/B, Teil B, Einleitung IV, Rn. 49

²⁰⁵ Messerschmidt/Voit - Voit, *Privates Baurecht*, 2. Aufl., Syst. Teil A II Rn. 3, Kniffka a.a.O., Kapellmann/Messerschmidt-von Rintelen, a.a.O.

²⁰⁶ Kniffka a.a.O. Rn. 3, Kapellmann/Messerschmidt-von Rintelen, VOB/B, Einleitung, IV Rn. 49,

²⁰⁷ Motive Bd. 2 S. 470, Kapellmann/Messerschmidt-von Rintelen a.a.O.

²⁰⁸ Busche: *Bauleistungen im System des Werkvertragsrechts – Überlegungen zur Reform des Bauvertragsrechts*, ZfPW 2018, 285, 289 I, MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 631 Rn. 1,

²⁰⁹ BGH NJW 1996, 2158 II 1 b

²¹⁰ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 631 Rn. 1

²¹¹ MüKoBGB/Busche a.a.O., BGH, Urteil vom 25.01.1996, AZ VII ZR 233/94 = NJW 1996, 1346, 1347, V 2 b (s. Fn. 2)

- aus dieser längeren Dauer das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien stärkeres Gewicht erlangt und dadurch auf Ausgestaltung und Interpretation von Nebenpflichten abstrahlt²¹².
- das Aufeinander-angewiesen-Sein über diese längere Dauer ein stärkeres und besseres Miteinander erfordert und damit auch Mitwirkungshandlungen bedeutsam werden, ohne dass dies überhaupt im Gesetz angesprochen wäre²¹³.
- letztlich daraus die faktische Notwendigkeit zur Kooperation resultiert²¹⁴.

Überdies ist kritisch anzumerken, dass

- Regelungen zu Erfüllungsmängeln vor Abnahme, Leistungsänderungen oder Regelungen zum gestörten Bauablauf²¹⁵ fehlen
- die Herstellungsphase des Projekts vorhandene gesetzliche Regelungen zur Gefahrtragung bis zur Abnahme (§ 644, 645 BGB)²¹⁶ oder bspw. das Vorfinanzierungsrisiko des Unternehmers bis hin zum Insolvenzrisiko für die Zahlungs(un)fähigkeit des Bestellers²¹⁷ auf kritisch zu hinterfragenden, lange Zeiträume ausdehnt (trotz der Regelungen der §§ 641, 632, 632a, 650c, 650e, 650f, 321 BGB)
- die Komplexität der Abläufe in den Projekten an sich schnell Entscheidungen, Sicherheit der Ausführung und der Bezahlung sowie schnelle rechtssichere Klärung erfordern²¹⁸, was in den im ersten Teil genannten Verfahrenswegen nicht ohne weiteres erwirkt werden kann
- die gesetzliche Ausgestaltung die Gefahr des Stillstands in sich birgt²¹⁹

Im Lichte dieser ohnehin reformbedürftigen²²⁰ gesetzlichen Situation stehen die nachstehenden Betrachtungen zur gesetzlichen Ausgestaltung des Äquivalents.

2.3 Anteile des gesetzlichen Äquivalents für beide Parteien: Kooperation

Wie schon vorstehend angemerkt, bedingt das Wesen des Bauvertrags ein erhöhtes Maß an Kooperation und Miteinander. Eine erste, beinahe beiläufige Erwähnung zur Kooperation findet sich in einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1996. Dort heißt es²²¹:

„Der Bauvertrag als Langzeitvertrag bedarf einer Kooperation beider Vertragspartner. Dazu gehören Informations-, Mitwirkungs- und Rügeobliegenheiten und -pflichten.“

Lapidar formulierte der BGH in einer einleitenden Entscheidung:

²¹² MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 631 Rn. 1

²¹³ Kniffka, a.a.O. Rn. 4

²¹⁴ Kniffka a.a.O.

²¹⁵ Kniffka a.a.O.

²¹⁶ Kniffka, a.a.O.

²¹⁷ Messerschmidt/Voit-Voit, Privates Baurecht, 1. Teil A III Rn. 11

²¹⁸ Messerschmidt/Voit-Voit a.a.O. Rn. 17

²¹⁹ Messerschmidt/Voit-Voit a.a.O. Rn. 11,

²²⁰ Messerschmidt/Voit-Voit a.a.O. Rn. 11

²²¹ BGH NJW 1996, 2158 II 1 b

„Die Vertragsparteien eines VOB/B-Vertrags sind während der Vertragsdurchführung zur Kooperation verpflichtet. Entstehen während der Vertragsdurchführung Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien über die Notwendigkeit oder die Art und Weise einer Anpassung des Vertrags oder seiner Durchführung an geänderte Umstände, sind die Parteien grundsätzlich verpflichtet, durch Verhandlungen eine einvernehmliche Beilegung der Meinungsverschiedenheiten zu versuchen.“²²²

Letztlich geht es darum, dass jede Partei aus dem ihr zuzurechnenden Bereich beizutragen hat, damit die vertraglich vereinbarte Bauleistung termingerecht und mangelfrei erbracht werden kann²²³.

Aus diesen Zitaten zeigt sich schon im Ausgangspunkt, dass zwischen den Vertragsparteien nicht die eine einzelne, scharf umrissene Kooperationspflicht besteht, sondern ein durch die Vielzahl der mittlerweile erfolgten gerichtlichen Entscheidungen oder gesetzlichen Ausgestaltungen gewobenes Netz an Einzelpflichten und Obliegenheiten²²⁴.

Dazu gehören insbesondere folgende Pflichten/Obliegenheiten:

- Information ²²⁵
- Mitwirkung
- Prüfung, Anzeige, Rüge und Hinweis (soweit man diese nicht als Ausfluss der Pflicht zur mangelfreien Werkerfüllung ansieht)²²⁶, auch zu Behinderungen oder bauzeitbezogene Informationen²²⁷
- Bemühen um einvernehmliche Konfliktbeilegung²²⁸
- Verpflichtung zur Nach-/Neuverhandlung²²⁹ unter dem Gebot der Fairness²³⁰, was im Kern nur die Aufnahme von Verhandlungen²³¹, die Begründung des eigenen Standpunkts und das Eingehen auf die Argumente der Gegenseite²³² mit einem Mindestmaß an Fairness ohne Überrumpeln und Übertölpeln²³³ meint, jedoch nicht den Zwang zum Kompromiss²³⁴

²²² BGH NJW 2000, 807; Ingenstau/Korbion/Joussen/Vygen VOB/B Vor §§ 8 und 9 Rn. 22, Roquette/Schweiger-Hamann, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Auflage 2020, A 7

²²³ BGH, Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 393/98, BGHZ 143, 89, 93 = BauR 2000, 409, 410 = NJW 2000, 807, 808 [BGH 28.10.1999 - VII ZR 393/98]; Ingenstau/Korbion/Vygen, VOB/B, § 9 Abs. 1 Rn. 23; Kniffka, Jahrbuch Baurecht 2001, 1, 3 ff, Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Auflage 2013, Rn. 1066

²²⁴ Messerschmidt/Voit/Rintelen, 4. Aufl. 2022, BGB § 631 Rn. 114, Kniffka ibroK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 631 Rn. 682

²²⁵ BGHZ 133, 44 (47) = NJW 1996, 2158, OLG Nürnberg IBR 2022, 505

²²⁶ Schuhmann BauR 2003, 162 (165 f.); Messerschmidt/Voit-v. Rintelen, Rn. 114

²²⁷ Staudinger/Peters, BGB, 2019, § 642 Rn. 49; Beck VOB/B/Motzke vor § 6 Rn. 3; Fuchs S. 218 f., 225 ff.; aA: Leinemann/Leinemann VOB/B § 6 Rn. 18, Beck VOB/B/Motzke vor § 6 Rn. 19; Fuchs S. 228.

²²⁸ Siehe Fn. 184, BGH, Urt. v. 28.10.1999 - VII ZR 393/98

²²⁹ Horn AcP 181 (1981), 255, MüKoBGB/Bachmann, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 109, Kniffka ibroK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 631 Rn. 248, BGH, Urt. v. 28.10.1999 - VII ZR 393/98; ablehnend: Messerschmidt/Voit/Rintelen, 4. Aufl. 2022, BGB § 631 Rn. 123, Martinek AcP 198 (1998), 330, Dauner-Lieb/Dötsch NJW 2003, 921 (925)

²³⁰ MüKoBGB/Bachmann, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 87

²³¹ MüKoBGB/Bachmann, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 109

²³² OLG Celle BauR 1999, 262; Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann VOB/B § 2 Rn. 203, 206; Kniffka Jahrbuch Baurecht 2001, 1 (21),

²³³ BAG NJW 2019, 1966 Rn. 34; Urt. v. 24.2.2022 – 6 AZR 333/21.

²³⁴ Messerschmidt/Voit/Rintelen, 4. Aufl. 2022, BGB § 631 Rn. 123

Allerdings lohnt ein Blick auf die Rechtsfolgen für den Fall, dass gegen diese Pflichten verstoßen wird. Denn die Sanktionen fallen recht unterschiedlich aus:

- Die Verletzung von Informationspflichten löst regelmäßig Schadenersatzverpflichtungen aus²³⁵.
- Die Verletzung von Mitwirkungshandlungen wird je nach Rechtscharakter (Nebenpflicht oder Obliegenheit) Entschädigung gem. § 642 BGB oder zu Schadenersatz führen²³⁶, in Sonderfällen auch zur Fälligkeit eigener Vergütungsansprüche abzüglich ersparter Aufwendungen²³⁷.
- Die Verletzung der Pflicht zur Nach/Neuverhandlung oder zum Bemühen um gütliche Konfliktlösung führt in aller Regel nur zu Prolongierung des Status quo, in der keine Partei betroffene Rechte durchsetzen kann, meist also zu einer Blockadesituation²³⁸.
- Lediglich in besonders gelagerten Fällen kann eine Verletzung eine Kündigung zur Folge haben:
 - Zahlungsverweigerung ohne jegliche Begründung²³⁹ oder
 - die Verletzung bildet einen wichtigen Grund im Sinne der außerordentlichen Kündigung gem. § 648a BGB²⁴⁰

Die Erfahrung des Verfassers bestätigt das Vorstehende. Die Kooperationspflicht stellt kein übermäßig scharfes Schwert dar:

- Die scharfe Kündigung greift dem Grunde nach regelmäßig nicht ein.
- Schadenersatzansprüche mögen dem Grunde nach beeindrucken. Allerdings treten Folgen daraus nur ein, wenn der Geschädigte einen adäquat-kausalen Schaden nachweisen kann und sich daraus der Höhe nach ein Schaden ergibt, der für den Schädiger hinreichendes Druckpotential zur Verhaltensneubewertung bedeutet. Das ist in der Praxis selten.

2.4 Anteile des Bestellers im gesetzlichen Äquivalent

Wie schon oben genannt, treffen den Besteller Hauptpflichten, darunter die Zahlungsverpflichtung, Nebenpflichten, Obliegenheiten und übernommene Gefahren und Risiken. Im Einzelnen ergibt sich dies wie folgt:

2.4.1 Hauptpflichten

2.4.1.1 Vergütungspflicht

²³⁵ Messerschmidt/Voit/Rintelen, a.a.O. Rn. 125

²³⁶ Messerschmidt/Voit/Rintelen, a.a.O.

²³⁷ BGH NZBau 2005, 335, 336, I 2 b bb) bei unterbliebener Ausführung infolge fehlender Mitwirkungshandlung

²³⁸ Quack IBR 2000, 198 (200), Messerschmidt/Voit/Rintelen, a.a.O.

²³⁹ OLG Celle NJW-RR 2000, 234

²⁴⁰ Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher-Jurgeleit, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, Teil 7 C V Rn. 72 (Fall gebildet nach BGH NJW 2009, 3717, 3719, Rn. 26: die unrechtmäßige Kündigung, verbunden mit der nachfolgenden Weigerung, von ihr Abstand zu nehmen, berechtigt zur Kündigung)

2.4.1.1.1 Vorleistungsrisiko des Unternehmers

Nach § 631 I BGB ist der Besteller verpflichtet, dem Unternehmer die vereinbarte Vergütung für das Werk zu zahlen. Zwar entsteht der Anspruch auf Vergütung mit Abschluß des Werkvertrags²⁴¹, fällig wird er jedoch erst bei Abnahme § 641 I BGB.

Wie schon oben gesagt, liegt im Bauvertrag zwischen Vertragsschluss und Abnahme der gesamte Herstellungsprozess, der regelmäßig länger andauert. Die gesamte Erstellung des Werks und damit die vollständige Leistung des Unternehmers ist bis zu dem Moment, in dem sein Anspruch auf Werklohn fällig wird, bereits erbracht. Nach der gesetzlichen Grundidee erbringt der Unternehmer seine Leistung also als Vorleistung²⁴².

Je länger der Herstellungsprozess dauert, desto größer wird auch die Dauer der Vorleistung, bis dem Unternehmer die Entlohnung für seine dann bereits erbrachte und vorfinanzierte Leistung zuwächst oder bis umgekehrt der Besteller für das bereits erlangte Werk zur Zahlung verpflichtet wird. Daraus gerät die Vorleistungspflicht des Unternehmers zum wirtschaftlichen Vorleistungsrisiko. Er muss das Bauvorhaben vorfinanzieren und trägt zudem das Insolvenzrisiko, das heißt das Risiko, mit seiner Werklohnforderung auszufallen, wenn der Auftraggeber während oder nach Vollendung des Bauvorhabens zahlungsunfähig wird²⁴³, aber das Risiko, das der Besteller nicht zahlungsunfähig, aber doch ganz oder teilweise zahlungsunwillig wird, ist angesichts dessen erheblich.

2.4.1.1.2 Gesetzliche Korrekturen des Vorleistungsrisikos

2.4.1.1.2.1 Abschlagszahlungen § 632 a BGB

Nach § 632a I 1 BGB ist der Besteller verpflichtet Abschlagszahlungen in Höhe des Wertes der vom Unternehmer erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen zu verlangen. Aus Sicht des Unternehmers wird damit das Vorleistungsrisiko gemindert. Aus Sicht des Bestellers bedeutet das umgekehrt Kapitalabfluß, bevor die Leistung vollständig und mangelfrei erbracht ist und auch die vereinbarte Zwecktauglichkeit und Funktionalität aufweist.

Allerdings kann der Besteller für nicht vertragsgemäß erbrachte Leistungen einen angemessenen Teil der Abschlagszahlung einbehalten § 632a I 2 BGB. Durch die Verweisung §§ 632a I 3, 641 III BGB ist jedoch klargestellt, dass als angemessen nicht der Betrag anzusehen ist, der den voraussichtlichen für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten anzusehen ist, sondern ein sog. Druckzuschlag²⁴⁴ von in der Regel selber Höhe hinzukommen, so dass in der Regel als angemessen das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten anzusehen ist. Dies mindert potentiell den Liquiditätsfluß.

Potentiell erhöhend dagegen wirkt § 632a I 6 BGB. Gerade dann, wenn im Werkvertrag als zahlungsauslösendes Ereignis die Montage zu liefernder

²⁴¹ Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 631 Rn. 404

²⁴² BGH BauR 2013, 946, MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 631 Rn. 63

²⁴³ Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, Teil 4 C Rn. 67

²⁴⁴ OLG Brandenburg NJW 2014, 3793, 3796, II 1 c, BGH NJW-RR 2008, 401, 402 Rn. 18

Stoffe und Bauteile vereinbart ist, spricht also vor Montage keine Vergütung fließt, ist nach Satz 6 der Norm für erforderliche Stoffe oder Bauteile, die angeliefert oder eigens angefertigt und bereitgestellt sind, Vergütung zu zahlen, wenn dem Besteller nach seiner Wahl Eigentum an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder entsprechende Sicherheit hierfür geleistet wird.

Damit hat die gesetzliche Ausgestaltung des § 632a BGB etliche Problemzonen geschaffen:

- der Wert der erbrachten Leistung bildet einen häufigen Streitpunkt.
- die Beweislast, ob die erbrachte Leistung auch vertragskonform ist, trägt der Unternehmer § 632a I 3 BGB.
- der Ausfall an Liquidität wegen eines mangelbedingten Einbehalts darf den Druckzuschlag umfassen, dessen Höhe nur als Regelfall²⁴⁵ im Gesetz beschrieben ist, und ansonsten den unscharfen Begriff der Angemessenheit § 632a I 2 BGB verwendet.
- Der Unternehmer, nicht der Besteller, ist dafür darlegungs- und beweispflichtig, dass der mangelbedingt einbehaltene Betrag auch bei Berücksichtigung des Durchsetzungsinteresses des Bestellers unbillig hoch ist²⁴⁶ und wie hoch die Kosten der Mängelbeseitigung sind²⁴⁷.

Doch auch in dieser Situation gibt es noch weitere gesetzliche Korrekturen, die jedoch ausnahmslos das Vorleistungsrisiko des Unternehmers nicht aufheben, sondern mehr auf die wirtschaftliche Sicherstellung des Unternehmers unter Beibehaltung von dessen Vorleistungsrisiko abstellen. Zu nennen sind:

- § 321 BGB:
Das massivste mit der Vorleistung des Unternehmers verbundene Risiko ist das Risiko des vollständigen oder zumindest des drohenden Zahlungsausfalls des Bestellers.
Hier wandelt § 321 BGB die Abwicklung in eine Durchführung Zug-um-Zug (§ 321 II 1 1. Alt. BGB) oder zur Fortführung gegen Sicherheitsleistung (§ 321 II 1 2. Alt. BGB) um oder räumt dem Unternehmer die Möglichkeit des Rücktritts ein § 321 II BGB.
- § 650e BGB:
Für seine Forderungen aus dem Vertrag kann der Unternehmer vom Besteller Sicherheit in Form einer Sicherungshypothek verlangen, sofern der Besteller mit dem Grundstückseigentümer identisch ist oder der Besteller mit dem Grundeigentümer in vergleichbarer Weise wirtschaftlich verflochten ist²⁴⁸. Die Höhe ermittelt sich nach den Bauwerksleistungen, die einen Mehrwert des Baugrundstücks geschaffen haben²⁴⁹, etwaige Mängel wirkend mindernd²⁵⁰. Und stets muss die Leistung erbracht sein, wenngleich die Fälligkeit nicht

²⁴⁵ Wortlaut des § 641 III BGB

²⁴⁶ BGH, NJW-RR 1997, 18, BGH NJW-RR 2008, 401, 402 Rn. 18

²⁴⁷ BGH NJW-RR 2008, 401, 402 Rn. 18

²⁴⁸ BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 650e Rn. 14

²⁴⁹ BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 650e Rn. 17

²⁵⁰ BGHZ 68, BGHZ 68, 180, 184 ff.; OLG Köln BauR 1975, 213, 215; OLG Hamm BB 1997, 2240, 2241; MüKoBGB/Busche § 650e Rn. 25

erforderlich ist²⁵¹. Aus diesen eng umrissenen Vorgaben wird klar erkennbar, dass dieses Mittel in aller Regel keine scharfe Waffe ist.

- Vormerkung einer Sicherungshypothek §§ 885, 650e BGB im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens: auch dies ist kein allzuscharfes Schwert, aber immerhin ist in der Praxis nach den Erfahrungen des Verfassers eine Vormerkung etwas einfacher zu erlangen, zumal nach § 885 I 2 BGB eine Gefährdung des zu sichernden Anspruchs nicht dargelegt werden muss.
- Vormerkung einer Sicherungshypothek §§ 885, 650e BGB: ein praktisch nicht relevanter Weg, weil man die Vormerkung aus Schnelligkeitsgründen eher durch einstweilige Verfügung eintragen lässt und im Hauptsacheverfahren dann die Sicherungshypothek selbst verfolgt.
- § 650f BGB:
Diese Bauhandwerkersicherheit genießt deutlich höhere Praxisrelevanz, nicht zuletzt auf Grund der deutlichen Vorzüge für Unternehmer:
 - Der Unternehmer kann für die vereinbarte Vergütung, die also mithin noch nicht erbracht sein muss, 100 % der Vergütung sowie zusätzlich noch 10 % für Nebenkosten verlangen (§ 650f I 1 BGB). Sowohl die Höhe als auch der Umstand, dass das Werk noch nicht erbracht sein muss, verlocken.
 - Dem steht gegenüber, dass der Unternehmer in der Regel die Kosten dieser Sicherheit in angemessener Höhe bis zu einem Höchstsatz von 2 % p.a. übernehmen muss § 650f III BGB.
 - Weiterhin steht dem gegenüber, dass eine Zahlung aus der Sicherheit nach § 650f II 2 BGB nur erfolgen darf, soweit der Besteller den Vergütungsanspruch des Unternehmers anerkennt oder durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf.
 - Zum Dritten steht dem gegenüber, dass der Sicherungsgeber, in der Regel ein Bürge oder Garantiegeber, die Sicherheit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen darf.
 - Zum Vierten muss beachtet werden, dass die Übergabe einer Sicherheit nach §§ 129 ff InsO als kongruente Deckung anfechtbar sein kann²⁵².
 - Zuletzt wird in der Praxis gerne übersehen, dass § 767 I 3 BGB eingreift, wenn die Sicherheit (wie meist in der Praxis) in Form einer Bürgschaft gestellt wird. D.h. Rechtsgeschäfte, die der Besteller nach Übernahme der Bürgschaft vornimmt, also in der Praxis aufgrund weiterer Nachträge und Zusatzleistungen, sind deswegen nicht mehr von der Sicherheit umfasst, sondern müssen neu, eigenständig besichert werden.

²⁵¹ BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 650e Rn. 17

²⁵² Messerschmidt/Voit-Huber, Privates Baurecht § 650f BGB Rn. 101

Insgesamt lässt sich sagen, dass die Zahlungsverpflichtung des Bestellers, einhergehend mit der Vorleistungspflicht des Unternehmers bereits massive gesetzgeberische Korrekturen erfahren hat. Alleine über diese Aspekte der Zahlungsverpflichtungen liegt ein recht vielschichtiges Instrumentarium auf der Waage der Äquivalenz.

2.4.1.1.2.2 § 650c BGB

Dem Kooperationsgedanken folgend²⁵³, der den Parteien des Bauvertrags aufgibt, durch Verhandlungen eine einvernehmliche Beilegung einer Meinungsverschiedenheit zu versuchen²⁵⁴, kommt § 650c BGB nur dann zur Anwendung, wenn die einvernehmliche Lösung nicht gefunden wurde und der Besteller stattdessen die von ihm gewollte Leistungsmodifikation einseitig anordnet, wo es ihm einvernehmlich nicht möglich war.

Der Gesetzgeber hat sich entschieden, dem Besteller über § 650b II BGB in diesem Fall die Möglichkeit der einseitigen Anordnung zu geben. Allerdings stellt er ins gesetzliche Äquivalent auch die Anpassung der Vergütung kraft Gesetzes²⁵⁵ - also automatisch.

Eingangs hat mithin der Besteller die Wahl hinsichtlich des Ob und des Umfangs der Leistungsmodifikation durch Anordnung. Sodann hat der Unternehmer die Wahl²⁵⁶, die daraus automatisch entstehende angepasste Vergütung entweder nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn (Wortlaut § 650c I BGB) oder nach der vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation (Wortlaut § 650c II BGB) zu ermitteln.

Allerdings erwächst dem Auftragnehmer daraus kein selbständiger Vergütungsanspruch, sondern nur ein unselbstständiger Rechnungsposten im Rahmen der ursprünglichen, durch das Anordnungsrecht modifizierten vertraglichen Verpflichtung, der in die Abschlags- oder Schlussrechnung des Unternehmers einzustellen ist²⁵⁷. Dieser Rechnungsposten generiert nur dann einen Zahlungsanspruch aus dem Werkvertrag, wenn dem Unternehmer unter Berücksichtigung des von ihm insgesamt im Abrechnungszeitpunkt erreichten Leistungsstands unter Berücksichtigung der geleisteten Zahlungen ein offener Anspruch zusteht²⁵⁸.

Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, Streitigkeiten über die Vergütung durch Bereitstellung eines Mechanismus zur Vergütungsermittlung zu unterbinden²⁵⁹. Ebenso ermöglicht das Abstellen auf tatsächliche Kosten

²⁵³ Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650b Rn. 105

²⁵⁴ BGH NJW 2000, 807, 808 II 2 b (1)

²⁵⁵ Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650c Rn. 1

²⁵⁶ Kimmich/Bach, VOB für Bauleiter, 8. Edition 2021, E I 5 d, Rn. 819, MüKo-Busche, § 650c BGB, Rn. 1, Messerschmidt/Voit/Leupertz, 4. Aufl. 2022, BGB § 650c Rn. 41

²⁵⁷ KG ZfBR 2021, 434, 439, MüKo-Busche, a.a.O. Rn. 1, Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650c Rn. 121

²⁵⁸ Grünberg-Retzlaff, Bürgerliches Gesetzbuch, § 650d BGB, Rn. 3; Retzlaff BauR 2017, 1816; Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher-Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage, 2020, Teil 12, Rn. 161; Kniffka-Jansen, Bauvertragsrecht, 3. Auflage, 2018, § 650d BGB, Rn. 23 f, MüKo-Busche a.a.O.

²⁵⁹ Begr. RegE zum Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, BT-Drs. 18/8486, 24 (55), MüKo-Busche, a.a.O. Rn. 2, Kimmich/Bach, VOB für Bauleiter, a.a.O., Rn. 820

den Unternehmer einerseits vor Fortschreibung unterkalkulierter Preise und damit Vergrößerung von Verlusten zu bewahren und andererseits den Besteller vor spekulativen Kalkulationen des Unternehmers schützen²⁶⁰.

Entscheidet sich der Auftragnehmer für den Weg über § 650c I BGB, gilt allerdings: Bei der Ermittlung des veränderten Aufwandes nach den tatsächlichen Kosten ist die Differenz zwischen den hypothetischen Kosten, die ohne die Anordnung des Bestellers entstanden wären, und den Ist-Kosten, die aufgrund der Anordnung tatsächlich entstanden sind, zu bilden. Diese Differenz ist die Grundlage für die Vergütung für den geänderten Aufwand²⁶¹. Dabei sind unter den Kosten stets die effektiven Selbstkosten²⁶² zu verstehen.

Was sich in der Praxis im Bereich der Ist-Kosten recht einfach gestaltet, ist jedoch im Bereich der hypothetischen Kosten, die ohne Anordnung des Bestellers entstanden wären, oft nicht bewußt: Vielfach werden zur Ermittlung der hypothetischen Kosten dort Ansätze aus der Urkalkulation aufgegriffen, was nicht der Gesetzeslage entspricht und methodisch eine unzulässige Vermengung von unterschiedlichen Ermittlungssystemen (Kalkulation, tatsächliche Kosten) darstellt²⁶³.

Im übrigen wird in der Praxis gerne übersehen, in welchem Umfang tatsächliche Kosten in Anrechnung gebracht werden können:

Ansatzfähig sind grundsätzlich alle Mehr- oder Minderkosten, die durch die Änderung projektbezogen in Bezug auf den konkreten Vertrag verursacht sind. Entscheidendes Kriterium ist also die Kausalität. Die Kosten müssen also entweder zur Erreichung des geänderten Leistungsziels eingesetzt worden sein oder durch die Veränderung des Leistungsziels verursacht worden sein. Sämtliche Aufwendungen, die nicht die Vertragsänderung betreffen, sondern die bisherigen Vertragsleistungen oder gar außervertragliche Umstände, sind nicht ansetzbar²⁶⁴. Dies ist manchem - je nach wirtschaftlicher Interessenlage - in der Praxis dem einen zu weit, dem anderen zu eng.

Eine praktische Unsicherheit schafft zudem die Frage, zu welchem Termin die Kosten maßgeblich ermittelt werden sollen: der der ursprünglichen Vereinbarung²⁶⁵, der der Anordnung²⁶⁶ oder der der geplanten Ausführung²⁶⁷?

Immerhin hat der Gesetzgeber die Liquiditätssituation für den Fall der zwingenden Anordnung gesehen: §§ 650c Abs. 3, 632a BGB ermöglichen es dem Unternehmer, einen Pauschalbetrag von 80 % seines

²⁶⁰ BT-Drucks. 18/8486, S. 56, Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650c Rn. 5, Kimmich/Bach, VOB für Bauleiter, a.a.O., Rn. 820

²⁶¹ BT-Drucks. 18/8486, S. 56, Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650c Rn. 28, Kimmich/Bach a.a.O., Rn. 821, Messerschmidt/Voit/Leupertz, 4. Aufl. 2022, BGB § 650c Rn. 15

²⁶² Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650c Rn. 37

²⁶³ BGH, Urt. v. 10.9.2009 - VII ZR 152/08; Althaus, BauR 2012, 359, 364, 378, Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650c Rn. 27

²⁶⁴ Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650c Rn. 32

²⁶⁵ Für die vergleichbare Situation des § 2 Abs. 5 VOB/B vgl. BeckOK VOB/B/Kandel, 49. Ed. 31.10.2022, VOB/B § 2 Abs. 5 Rn. 91

²⁶⁶ Für die vergleichbare Situation des § 2 Abs. 5 VOB/B: OLG Naumburg NZBau 2001, 144, BeckOK VOB/B/Kandel, 49. Ed. 31.10.2022, VOB/B § 2 Abs. 5 Rn. 91

²⁶⁷ Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650c Rn. 30 unter Berufung auf BGH, Urt. v. 10.9.2009 - VII ZR 152/08)

Nachtragsangebots gemäß § 650b Abs. 1 S. 2 BGB als Abschlagsforderung durchzusetzen, ohne darlegen und ggf. beweisen zu müssen, dass die von ihm erbrachten Mehrleistungen tatsächlich vertragliche Mehrvergütungsansprüche nach § 650c Abs. 1, 2 in geltend gemachter Höhe rechtfertigen²⁶⁸.

Dagegen wird die Befürchtung ausgesprochen, der Unternehmer könnte sich durch überhöhte Angebotslegung im Rahmen des § 650b BGB jedenfalls im Rahmen der Abschlagszahlungen überhöhte Liquidität verschaffen²⁶⁹. Diesen Punkt hat auch der Gesetzgeber gesehen, aber darauf verwiesen, dass der Besteller gegen die Vergütungsanpassung gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen müsse²⁷⁰. Zudem stellt der Gesetzgeber klar: Der Anspruch des Unternehmers auf die nach den Absätzen 1 und 2 berechnete Mehrvergütung wird dann erst nach der Abnahme des Werkes fällig (Satz 2). Für den Fall, dass sich nunmehr eine Überzahlung durch den Besteller ergibt, sieht Satz 3 einen Rückgewähranspruch nebst einer Verzinsungspflicht vor²⁷¹. Entscheidet sich der Unternehmer also für diesen Weg, kann er die 80% relativ einfach generieren, ein Mehr bis zu den 100% jedoch erst mit der Schlußrechnung²⁷².

Alternativ kann der Unternehmer nach seiner Wahl²⁷³ anstelle der vorläufig pauschalierten 80%-Abrechnung²⁷⁴ seine Mehrvergütung gem. § 650c I BGB im Einzelnen berechnen und im Umfang der bereits ausgeführten modifizierten Leistung zu 100% der anteiligen Vergütung ungekürzt verlangen²⁷⁵.

Das gesetzliche Äquivalent, das hier durch §§ 650c, 632a BGB modelliert wird, wird in der Gesamtschau damit wesentlich vom Gedanken bestimmt, dem Unternehmer vorläufige Liquidität zu verschaffen, wenn der Besteller eine Leistungsmodifikation durch einseitige Anordnung ausgelöst hat. Der Gesetzgeber stellt das wie folgt klar:

Zudem sind die grundsätzlich vorleistungspflichtigen Unternehmer in besonderem Maße auf Liquidität – etwa durch an den neuen Leistungsumfang angepasste Abschlagszahlungen – angewiesen. Dies gilt vor allem dann, wenn es aufgrund der Änderungsanordnung zu erheblichen Kostensteigerungen kommt²⁷⁶.

²⁶⁸ Messerschmidt/Voit/Leupertz, 4. Aufl. 2022, BGB § 650c Rn. 42

²⁶⁹ Messerschmidt/Voit/Leupertz, 4. Aufl. 2022, BGB § 650c a.a.O., Kimmich/Bach, a.a.O. Rn. 837

²⁷⁰ BT Drucksache 18/8486, S. 57 oben, insbesondere mittels § 650d BGB: Messerschmidt/Voit/Leupertz, 4. Aufl. 2022, BGB § 650c Rn. 42

²⁷¹ BT Drucksache 18/8486, S. 57 oben, Kimmich/Bach, a.a.O. Rn. 836

²⁷² Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650c Rn. 118

²⁷³ Kimmich/Bach, a.a.O., Rn. 835, Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650c Rn. 118

²⁷⁴ Kimmich/Bach, a.a.O. Rn. 833,

²⁷⁵ Kimmich/Bach, a.a.O., Rn. 835

²⁷⁶ BT Drucksache 18/8486, s. 58 oben

2.4.1.1.2.3 Idee der schnellen Klärung § 650d BGB

Eng in Verbindung mit §§ 650b und 650c BGB steht § 650d BGB (dazu 1.7). Der Gesetzgeber sieht die einstweilige Verfügung unter der Erleichterung durch § 650d BGB als Mittel der Wahl, um es dem Unternehmer zu ermöglichen, schnell einen Titel über den geänderten Abschlagszahlungsanspruch oder die nunmehr zu gewährende Sicherheit zu erlangen. Mache der Unternehmer von seiner vorläufigen Pauschalisierungsmöglichkeit der Mehrvergütung nach Absatz 3 Satz 1 Gebrauch, diene die erleichterte einstweilige Verfügung auch den Interessen des Bestellers. Er könne so überhöhten Ansprüchen schnell entgegentreten²⁷⁷.

2.4.1.1.2.4 Zwischenfazit

Zusammenfassend zeigt sich schon an dieser Stelle, dass die Hauptleistungspflicht „Vergütung“ des Bestellers mit der Erbringung der unmodifizierten Leistung synallagmatisch verknüpft ist, wenngleich die Vorleistungspflicht des Unternehmers auch im Modifikationsfall erhalten bleibt. Im Ausgleich bietet das Gesetz für den Modifikationsfall etliche Mechanismen zur Klärung, Absicherung der Interessen, vor allem des Liquiditätsinteresses. Für die Praxis ergeben sich aus diesem Geflecht eine Vielzahl von Möglichkeiten, das gesetzliche Äquivalent im eigenen Interesse zu verändern und dadurch ein abweichendes vertragliches Äquivalent zu schaffen. Der eine, beste Königsweg wird sich deswegen nicht aufzeigen lassen. Die Gesamtschau aller Parameter muss entscheiden, inwieweit die eigenen Interessen im vertraglichen Äquivalent gewahrt sind.

2.4.1.2 Pflicht zur Abnahme § 640 BGB

2.4.1.2.1 Abnahme

Eine weitere Hauptpflicht²⁷⁸ des Bestellers ist die Abnahme § 640 BGB, aus Sicht des Unternehmers besteht ein Anspruch auf Abnahme²⁷⁹. Auch in der Praxis kommt der Abnahme große Bedeutung zu, nicht zuletzt wegen der bedeutsamen Rechtswirkungen:

- Die Abnahme ist die mit der körperlichen Hinnahme des Werks verbundene Billigung des Werkes als im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung²⁸⁰. Damit tritt Erfüllung des Werkvertrags ein § 362 BGB²⁸¹. Alle Ansprüche beschränken sich: der Anspruch auf

²⁷⁷ BT Drucksache 18/8486, s. 58 oben

²⁷⁸ Messerschmidt/Voit/Rintelen, 4. Aufl. 2022, BGB § 631 Rn. 131

²⁷⁹ BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 640 Rn. 2, Kniffka iBrOK BauVertrR/Pause/ Vogel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 640 Rn. 1

²⁸⁰ BGH, Urt. v. 5.6.2014 - VII ZR 276/13, Rn. 21; BGH, Urt. v. 18.9.1967 - VII ZR 88/65; BGH, Urt. v. 24.11.1969 - VII ZR 177/67; Urt. v. 15.11.1973 - VII ZR 110/71; Urt. v. 30.6.1983 - VII ZR 185/81; OLG Stuttgart, Urt. v. 8.12.2010 - 4 U 67/10; Kniffka iBrOK BauVertrR/Pause/ Vogel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 640 Rn. 3,

²⁸¹ Kniffka iBrOK BauVertrR/Pause/ Vogel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 640 Rn. 10

Herstellung des mangelfreien Werks wandelt sich in einen Anspruch auf Beseitigung eventueller Mängel im Wege der Nacherfüllung; durch die Abnahme wird deshalb die Verpflichtung des Unternehmers auf die abgenommene Leistung und ihre Nacherfüllung beschränkt²⁸². Damit endet auch die Möglichkeit des Bestellers, Änderungen und zusätzlichen Leistungen im Wege der Anordnung gemäß §§ 650b ff. BGB verlangen zu können²⁸³.

- Die Beweislast kehrt sich um²⁸⁴: Bis zur Abnahme trägt der Unternehmer die Beweislast für die Mängelfreiheit und vertragsgerechte Erfüllung²⁸⁵, danach muss der Besteller die Mangelhaftigkeit zum Zeitpunkt der Abnahme darlegen und beweisen²⁸⁶, ausgenommen nur, sofern sich der Besteller Mängel bei Abnahme vorbehalten hat § 640 II BGB²⁸⁷. Der Beweislast nach Abnahme kann der Besteller nicht damit genügen, alleine auf den nach Abnahme eingetretenen Zustand zu verweisen²⁸⁸.
- Mit Abnahme wandelt sich die Vorleistungspflicht des Unternehmers (s.o.) in eine Abwicklung Zug um Zug²⁸⁹.
- Grundsätzlich²⁹⁰ wird mit Abnahme der Werklohn fällig § 641 BGB. Mit der Abnahme erlöschen das Recht zur vorläufigen Abrechnung (Abschlagsrechnungen) und die Berechtigung, eine vorläufige Abrechnung durchzusetzen und Verzugsfolgen wie Zinsansprüche daraus fortwirken zu lassen²⁹¹.
- Mit der Abnahme beginnt die Verjährungsfrist für Mängelansprüche²⁹² § 634a II BGB.
- Mit der Abnahme geht die Leistungsgefahr auf den Besteller über²⁹³. Bis zur Abnahme muss der Unternehmer die Leistung auch dann erneut erbringen, wenn sie ohne sein Verschulden untergegangen, gestohlen oder beschädigt ist und ein Fall der Unmöglichkeit nicht

²⁸² BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 640 Rn. 1

²⁸³ Kniffka iBrOK BauVertrR/Pause/ Vogel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 640 Rn. 10, Bock, jurisPR-PrivBauR 5/2019 Anm. 3 unter C; Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher-Koebler, 11. Teil Rn. 573; OLG Hamm, Urt. v. 18.1.2019 - I-12 U 54/18 zum Anordnungsrecht nach § 1 Abs. 3 VOB/B

²⁸⁴ BGH, Urt. v. 15.3.1973 - VII ZR 175/72; Urt. v. 29.6.1981 - VII ZR 299/80; Urt. v. 16.12.2003 - X ZR 129/01, Kniffka iBrOK BauVertrR/Pause/ Vogel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 640 Rn. 16

²⁸⁵ BGH, Urt. v. 23.10.2008 - VII ZR 64/07

²⁸⁶ BGH, Beschl. v. 7.2.2019 - VII ZR 274/17, Rn. 25, Kniffka iBrOK BauVertrR/Pause/Vogel, a.a.O.

²⁸⁷ BGH, Urt. v. 24.10.1996 - VII ZR 98/94; Urt. v. 23.10.2008 - VII ZR 64/07

²⁸⁸ BGH, Urt. v. 25.2.2013 - VII ZR 210/13, Rn. 15.

²⁸⁹ BGH, Urt. v. 22.2.1971 - VII ZR 243/69; Urt. v. 4.6.1973 - VII ZR 112/71, Kniffka iBrOK BauVertrR/Pause/ Vogel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 640 Rn. 12

²⁹⁰ Zum Entstehen des Abrechnungsverhältnisses auch ohne Abnahme eingehend Kniffka iBrOK BauVertrR/Pause/ Vogel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 641 Rn. 9-11

²⁹¹ BGH Urt. v. 15.4.2004 - VII ZR 471/01, NZBau 2004, 386, Messerschmidt/Voit-Koenen, Privates Baurecht, 4. Auflage 2022, 1. Teil, 5 I 4 h, Werner/Pastor/Werner Rn. 1607 mwN; OLG Köln Urt. v. 18.8.2005 - 7 U 129/04, NZBau 2006, 45.

²⁹² BGH, Urt. v. 24.2.2011 - VII ZR 61/10; Urt. v. 8.7.2010 - VII ZR 171/08, ZfBR 2010, 773 Rn. 14 ff.,

²⁹³ vgl. BGH, Beschl. v. 7.2.2019 - VII ZR 274/17, Rn. 28,

vorliegt²⁹⁴. Ist die Leistung unmöglich geworden, wird der Unternehmer gemäß § 275 Abs. 1 BGB von seiner Verpflichtung frei. Eine Befreiung tritt auch unter den Voraussetzungen von § 275 Abs. 2 und 3 BGB ein²⁹⁵.

- Mit der Abnahme geht die Vergütungsgefahr, die gem. §§ 644, 645 BGB bis dahin beim Unternehmer liegt, auf den Besteller über²⁹⁶.
- Evtl. Schutzpflichten des Auftragnehmers enden mit Abnahme²⁹⁷.

2.4.1.2.2 Mangel und Abnahme

Es verwundert also wenig, dass die Abnahme in der Praxis ein ebenso wichtiger wie auch streitbehafteter Moment ist. Dieses Streitpotential wird zusätzlich dadurch genährt, dass der Begriff der Abnahme umstritten ist, teilweise wird er als eingliedrig²⁹⁸, teilweise als zweigliedrig angesehen²⁹⁹, also mit oder ohne körperliche Entgegennahme der Werkleistung. Gemeinsam ist beiden Auffassungen jedenfalls die Billigung des Leistungsgegenstandes als im Wesentlichen vertragsgerecht – als wesentliches, die Abnahme prägendes Element³⁰⁰. Dieses Element der Billigung ist kein Realakt³⁰¹, sondern nach teilweise vertretener Auffassung eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung³⁰², nach anderer Auffassung eine Willenserklärung³⁰³. Da auf rechtsgeschäftsähnliche Handlungen die Regeln über Willenserklärungen entsprechend anzuwenden sind³⁰⁴, bedarf es hier einer Vertiefung nicht. Denn jedenfalls ist die letztverbindliche Klärung im Streitfall nicht objektiv bspw. über Sachverständige möglich, sondern den Gerichten zugewiesen und erlangt über § 894 ZPO Wirksamkeit.

Der möglichen, isolierten Klage auf Abnahme³⁰⁵ steht die Prozessökonomie entgegen. In der Praxis wird man sich eher damit behelfen, unmittelbar den Werklohn einzuklagen, was ein konkludentes Begehren auf Abnahme beinhaltet und dabei die Abnahmereife und Mangelfreiheit vorzutragen³⁰⁶.

²⁹⁴ vgl. BGH, Urt. v. 30.6.1977 - VII ZR 325/74

²⁹⁵ Kniffka iBrOK BauVertrR/Pause/ Vogel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 640 Rn. 13

²⁹⁶ Kniffka iBrOK BauVertrR/Pause/ Vogel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 640 Rn. 14

²⁹⁷ Kniffka iBrOK BauVertrR/Pause/ Vogel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 640 Rn. 15

²⁹⁸ BeckOK BGB/Voit Rn. 18, Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, 4. Aufl. 2022, BGB § 640 Rn. 18

²⁹⁹ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 640 Rn. 2, diff. Erman/Schwenker/Rodemann Rn. 4; Soergel/Teichmann, 12. Aufl. 1998,

³⁰⁰ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 640 Rn. 2, BGH Urt. v. 15.11.1973 – VII ZR 110/71, BauR 1974, 67 (68); Jakobs AcP 1983 (1983), 145 (158 f.), Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, 4. Aufl. 2022, BGB § 640 Rn. 18

³⁰¹ Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, 4. Aufl. 2022, BGB § 640 Rn. 19

³⁰² Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, 4. Aufl. 2022, BGB § 640 Rn. 19

³⁰³ RGZ 110, 404 (406 f.); Jakobs AcP 183 (1983), 145 (163); Ganten NJW 1974, 987; Hochstein BauR 1975, 221 (222); Böggering JuS 1978, 512, Riezler S. 135; Esser, Schuldrecht, II, § 79 II 2a,

³⁰⁴ BGH Urt. v. 25.11.1982 – III ZR 92/81, NJW 1983, 1542; BGH Urt. v. 17.10.2000 – X ZR 97/9 NJW 2001, 289 (290); Staudinger/Singer BGB Vorb. zu §§ 116–144 Rn. 2 mwN, Messerschmidt/Voit/Messerschmidt a.a.O.

³⁰⁵ BGHZ 132, 96, 98, BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 640 Rn. 27

³⁰⁶ LG Frankfurt, IBR 2014, 124, MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 640 Rn. 50, Messerschmidt/Voit/Messerschmidt § 640 BGB Rn. 238 ff., OLG Hamm, NJW-RR 1994, 474, OLG Nürnberg

Auf diesem Weg lassen sich über die reine Frage der Abnahme hinaus auch Vergütungsfragen, Einreden und Einwendungen etc. klären.

2.4.1.2.3 Gesetzgeberische Korrekturen

2.4.1.2.3.1 Abnahmereife, unwesentlicher Mangel § 640 I 2 BGB

Nach dem Wortlaut des § 640 I 2 BGB können unwesentliche Mängel einer Abnahme nicht mehr entgegenstehen. Als unwesentlich gilt ein Mangel dann, wenn er unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nach Art, Umfang und Auswirkung³⁰⁷ und nach speziellen Interessen des Bauherren an der vertragsgerechten Erfüllung³⁰⁸ an Bedeutung so weit zurücktritt, dass es unter Abwägung der beiderseitigen Interessen für den Besteller zumutbar ist, eine zügige Abwicklung des gesamten Vertragsverhältnisses nicht länger aufzuhalten und deshalb nicht mehr auf den Vorteilen zu bestehen, die sich ihm vor vollzogener Abnahme bieten³⁰⁹. Diese Definition ist zu schwammig um problemlösend zu wirken.

Leider prolongiert sich das Problem in folgenden Bereichen:

- Unwesentliche Restleistungen sind den unwesentlichen Mängeln gleichgestellt³¹⁰.
- Fehlende Dokumentation (Konstruktionspläne, Revisionspläne, Bestandsaufnahmen, Dokumentation für Betrieb und Instandhaltung) kann wesentlich sein³¹¹.
- Optische Mängel können wesentlich sein³¹².
- Eine Mehrzahl unwesentlicher Mängel kann in Summe wesentlich sein³¹³.

Immerhin scheint Konsens zu bestehen, dass die merkliche Beeinträchtigung der Funktionalität bzw. Gebrauchsfähigkeit des Werks oder die Schaffung einer Gefährdung für die Sicherheit und Gesundheit von Personen oder Rechtsgütern des Eigentümers oder Nutzers als wesentlich

NJW-RR 2021, 948 Rn. 11 mit weiteren Nachweisen zur wohl h.M., ablehnend: BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 640 Rn. 28

³⁰⁷ BGH, Urt. v. 26.2.1981 - VII ZR 287/79; BGH, Urt. v. 25.1.1996 - VII ZR 26/95, Kniffka iBrOK BauVertrR/Pause/ Vogel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 640 Rn. 40

³⁰⁸ OLG Stuttgart BauR 2009, 990; OLG Düsseldorf BauR 2009, 1317, Kniffka/Koeble, Teil 3 Die Abnahme der Bauleistung Rn. 6,

³⁰⁹ BGH, Urt. v. 26.2.1981 - VII ZR 287/79; OLG Köln, Urt. v. 18.11.2015 - 11 U 33/15; OLG Hamm, Urt. v. 24.6.1987 - 25 U 127/86; OLG Hamm, Urt. v. 4.4.1990 - 12 W 18/89; OLG Köln, Urt. v. 18.11.2015 - 11 U 33/15, Kniffka iBrOK BauVertrR/Pause/ Vogel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 640 Rn. 40, Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher-Jurgeleit, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, 3. Teil A, Rn. 6

³¹⁰ BGH, Urt. v. 15.6.2000 - VII ZR 30/99; Urt. v. 3.11.1992 - X ZR 83/90; OLG Oldenburg, Urt. v. 11.12.2014 - 8 U 140/09

³¹¹ Eingehend dazu: Kniffka iBrOK BauVertrR/Pause/ Vogel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 640 Rn. 41, BGH Urt. v. 29. 6. 1993 – X ZR 60/92 = NJW-RR 1993, 1461; OLG Hamm BauR 2009, 1600, BGH Urt. v. 18. 2. 2003 – X ZR 245/00 = BauR 2004, 337, 340; BGH Urt. v. 16. 12. 2003 – X ZR 129/01 = NJW-RR 2004, 782.

³¹² BGH, Urt. v. 6.12.2001 - VII ZR 241/00; OLG Köln, Urt. v. 30.1.2002 - 27 U 4/01

³¹³ OLG Hamburg, Urt. v. 10.6.2003 - 9 U 121/00; OLG München, Urt. v. 15.1.2008 - 13 U 4378/07; aA. KG, Urt. v. 11.3.2011 - 6 U 128/08).

anzusehen sind³¹⁴. Dies liegt nahe an der Praxis, die nach Erfahrungen des Verfassers die Funktionalität und Gebrauchsfähigkeit des Werks insgesamt in den Vordergrund stellen; immerhin eine objektivierbare, versachlichende Diskussionsgrundlage.

2.4.1.2.3.2 Die Fiktion der Abnahme § 640 II BGB

Wird die Abnahme faktisch verweigert, berechtigt § 640 II 1 BGB den Unternehmer, dem Besteller nach Fertigstellung der Leistung eine angemessene Frist zur Abnahme zu setzen, nach deren Ablauf das Werk als abgenommen gilt. Dem Unternehmer kommt entgegen, dass es auf eine tatsächliche Abnahmereife für den Eintritt der Fiktion nicht ankommt³¹⁵.

Allerdings kann sich der Besteller leicht dagegen zur Wehr setzen, indem er nach Erhalt der Aufforderung zur Abnahme³¹⁶ mindestens einen Mangel benennt³¹⁷, der nur anhand des Mangelsymptoms³¹⁸ bezeichnet werden und der zudem (anders als § 641 I 2 BGB) nicht einmal wesentlich sein muss³¹⁹. Zudem ist es dem Besteller möglich, jederzeit weitere Mängel nachzuschieben³²⁰.

Diese Zusammenfassung zeigt die Fragilität des Wegs und damit letztlich die praktische Untauglichkeit, als streitklärendes Instrument ernsthafte Bedeutung zu erlangen.

2.4.1.2.3.3 Zustandsfeststellung § 650g BGB

Verweigert der Besteller die Abnahme, kann der Unternehmer von ihm verlangen, an einer Feststellung des Zustands des Werks mitzuwirken.

Die Abnahme wird durch diese Zustandsfeststellung jedoch nicht ersetzt³²¹. Die Zustandsfeststellung löst unter den Voraussetzungen des § 650g III BGB lediglich die Vermutung aus, dass der Besteller eine Abweichung von der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit verursacht und zu vertreten hat, die nach Verschaffung an den Besteller festgestellt worden ist³²², kurz: die Beweislast kehrt sich dahin um, dass die Partei, die sich auf einen von der Zustandsfeststellung abweichenden Zustand beruft, dies beweisen muss³²³.

³¹⁴ OLG Hamm BauR 2005, 731 mit Anm. Kniffka, detailliert: Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, 4. Aufl. 2022, BGB § 640 Rn. 99

³¹⁵ BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 640 Rn. 31

³¹⁶ OLG Schleswig ZfBR 2022, 253, BeckOK a.a.O Rn. 35

³¹⁷ BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 640 Rn. 35, Kniffka *ibrOK* BauVertrR/Pause/ Vogel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 640 Rn. 77, Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, 4. Aufl. 2022, BGB § 640 Rn. 199

³¹⁸ Kniffka *ibrOK* BauVertrR/Pause/ Vogel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 640 Rn. 77, Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, 4. Aufl. 2022, BGB § 640 Rn. 199, BR-Drs. 199/17, 54

³¹⁹ BeckOK a.a.O., Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, 4. Aufl. 2022, BGB § 640 Rn. 199

³²⁰ Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, a.a.O.

³²¹ Breitling, NZBau 2017, 393, 396, Kniffka *ibrOK* BauVertrR/Pause/ Vogel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650g Rn. 3

³²² BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 650g Rn. 16

³²³ Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz-Oberhauser, § 2 Rn. 152, Kniffka *ibrOK* BauVertrR/Pause/ Vogel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650g Rn. 20

Allerdings bezieht sich dies alles nach dem gesetzlichen Wortlaut nur auf offenkundige Mängel, ohne dass die Offenkundigkeit klar definiert wäre³²⁴. Zudem greift § 650g III BGB nicht, wenn der Mangel nach seiner Art nicht vom Besteller verursacht worden sein kann (§ 650g III 2 BGB) – was wiederum Probleme und Streitpotential schafft.

Im Übrigen hat das Gesetz den Fall nicht gesehen, dass sich die Parteien zur Zustandsfeststellung zwar treffen, aber keinen Konsens über den zu protokollierenden Zustand finden oder beide ein eigenes, inhaltlich nicht identisches Protokoll erstellen³²⁵.

Ebenso gesetzlich ungeklärt ist die Rechtsfolge hinsichtlich des protokollierten, erbrachten Leistungsstandes³²⁶.

Zudem fällt auf, dass § 650f III BGB hinter der vergleichbaren Regelung des § 648a III 2, 3 BGB zurückbleibt, wo die Beweislast für den Leistungsstand insgesamt der nicht mitwirkenden Partei auferlegt wird. Es stellt sich die gerichtlich noch nicht geklärte Frage der analogen Anwendung³²⁷.

Im Ergebnis wundert es wenig, dass dieses Instrument keine praktische Relevanz erlangt hat. Stattdessen ist das praktische Mittel der Wahl eher das unmittelbare Einklagen des Werklohns (siehe oben 2.4.1.2.2), flankiert durch ein den Leistungsstand dokumentierendes Privatgutachten.

2.4.1.2.3.4 Durchgriffsfälligkeit § 641 II BGB, Fälligkeit ohne Abnahme

Abweichend vom durch §§ 641 BGB manifestierten Grundsatz der Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung, regelt das Gesetz einen besonderen Fall der Fälligkeit ohne Abnahme, die sog. „Durchgriffsfälligkeit“³²⁸.

Für den Fall, dass sich Besteller und Unternehmer in einer Leistungskette befinden³²⁹; spricht ein Dritter im Sinne des § 641 II BGB Auftraggeber des Bestellers ist, kann der Werklohn auch des Unternehmers ohne Abnahme fällig werden, wenn einer der drei folgenden Fälle eingreift:

- wenn der Besteller von einem Dritten für das Werk eine (Teil-) Vergütung erhalten hat § 641 II S. 1 Nr. 1 BGB.
- soweit das Werk des Bestellers von dem Dritten abgenommen worden ist oder als abgenommen gilt § 641 II S. 1 Nr. 2 BGB.
- wenn der (Sub-)Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Auskunft über die § 641 II 1 Nr. 1 und 2 BGB bezeichneten Umstände bestimmt hat (§ 641 III 1 Nr. 3 BGB).

Darüberhinaus kann der Unternehmer auch ohne Abnahme die Werklohnzahlung erwirken,

³²⁴ Kniffka iBrOK BauVertrR/Pause/ Vogel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650g Rn. 21 mwN.

³²⁵ Breitling: Abnahme und Zustandsfeststellung nach neuem Recht, NZBau 2017, 393, 396

³²⁶ Kniffka iBrOK BauVertrR/Pause/ Vogel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650g Rn. 24

³²⁷ Befürwortend: Kniffka iBrOK BauVertrR/Pause/ Vogel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650g Rn. 26, ähnlich Retzlaff, BauR 2017, 1781, 1827

³²⁸ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 641 Rn. 18

³²⁹ Kniffka ZfBR 2000, 227 (231 f.); Grüneberg/Retzlaff Rn. 8, MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 641 Rn. 17

- wenn der Besteller die Abnahme der vereinbarungsgemäß erbrachten Leistung endgültig und eindeutig verweigert³³⁰.
- die mangelfreie Herstellung des Werkes allein daran scheitert, dass der Besteller das ordnungsgemäße Nacherfüllungsangebot des Unternehmers ausschlägt³³¹.
- wenn ein Werk Mängel aufweist, die der Unternehmer wegen der Veräußerung des Werks durch den Besteller nicht mehr beseitigen kann und der Besteller die Abnahme des Werks verweigert³³².
- wenn das Werk noch nicht fertiggestellt ist, aber der Besteller seine Mitwirkung oder bereits vor der Fertigstellung die künftige Abnahme grundlos endgültig verweigert³³³.
- im Rahmen des § 321 II BGB bei Vermögensverfall des Bestellers.

Die vorstehenden Wege sind aus praktischen Notwendigkeiten und Streitfällen entstanden und im Rahmen ihrer (engen) Anwendungsbereiche wichtige und praxisrelevante Handlungsoptionen – jedenfalls mit Blick darauf, dem Unternehmer Liquidität verschaffen. Hinsichtlich der übrigen Wirkungen der Abnahme helfen sie jedoch nicht.

2.4.2 Nebenpflichten und Obliegenheiten

2.4.2.1 Generelles:

Die Unterscheidung zwischen Rechtspflichten, wofür im Verstoßfall Sanktionen über §§ 280 ff BGB zur Verfügung stehen, oder Obliegenheiten, für die im Werkvertragsrecht insbesondere die §§ 293ff BGB (Annahmeverzug) und §§ 642, 643 BGB (Entschädigung und Kündigung wegen unterbliebender Mitwirkung) gelten, ist genau wegen dieser unterschiedlichen rechtlichen Ausgestaltung bedeutsam. Gerade wer sich im Bauvertrag, der die VOB/B einbezieht, mit Fragen der Bauzeit oder einem sog. „störungsmodifizierten Bauablauf“ auseinandersetzen muss, dazu noch angereichert um die Rechtsprobleme des Anwendungsbereichs des § 6 VI VOB/B im Spannungsfeld zwischen §§ 280ff BGB und §§ 642 BGB, sieht die erhebliche praktische Relevanz dieser Unterscheidung.

Generell stellen Obliegenheiten rechtliche Anforderungen dar, die keine Pflicht begründen, sondern deren Mißachtung lediglich dazu führt, dass derjenige, dem die Anforderung obliegt, aus der Mißachtung rechtliche Nachteile erleidet³³⁴, anders formuliert: Der Begriff Obliegenheit bezeichnet bestimmte Handlungen, die der zur Obliegenheit Verpflichtete im eigenen Interesse wahrnehmen muss, um Rechtsnachteile zu vermeiden³³⁵.

³³⁰ OLG Stuttgart NJW-RR 2022, 1328

³³¹ BGH NJW 2002, 1262, 1263; BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 641 Rn. 5

³³² BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 641 Rn. 6, BGH NJW-RR 1996, 883, 884

³³³ BGHZ 50, 175, 177; BGH NJW 1990, 3008 f.; BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 641 Rn. 9

³³⁴ MüKoBGB/Bachmann, 9. Aufl. 2022, BGB § 241 Rn. 40,

³³⁵ Kuffer / Wirth, Handbuch Bau- und Architektenrecht, 7. Auflage 2023, VIII. Obliegenheiten, Rn. 58

Im Unterschied dazu ermöglicht es das Ausbleiben von Pflichten dem dadurch Betroffenen, als Gläubiger diese Rechtspflicht einzuklagen, zu erzwingen und ggf. zu vollstrecken³³⁶. Die Haftung wegen Obliegenheitsverletzungen gerade bei §§ 293ff, 642 BGB sind verschuldensunabhängig³³⁷, die Haftung wegen Pflichtverletzungen erfordert ein Vertretenmüssen §§ 280 I 2, 286 IV BGB. Der Erstattungsumfang ist unterschiedlich: während nach §§ 280ff, 249 BGB Schadenersatz gewährt und damit auch alle kausalen Folgeschäden abgedeckt sind, erstreckt sich der Umfang im Rahmen von §§ 293 ff BGB nur auf die limitierten Erstattungsfälle des § 304 BGB und im Rahmen von § 642 BGB nur auf die infolge der unterbliebenen Mitwirkungshandlung vergeblichen Vorhaltekosten für Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung. Zudem ist dieser Entschädigungsanspruch begrenzt auf die reine Dauer des Annahmeverzugs³³⁸, selbst wenn die Folgen des Unterbleibens noch nachwirken (bspw. in Form von Kostensteigerungen)³³⁹.

In der Rechtsprechung verschwimmen die Grenzen vor allem zwischen Nebenpflicht und Obliegenheit. Die Differenzierung wird nicht stringent durchgehalten³⁴⁰. Unterbleibt bspw. die Mitwirkungshandlung vollständig und wird so die Erbringung der Werkleistung gestoppt und unterbunden, tritt also eine einer Kündigung entsprechende Situation ein, ergäbe sich zwischen §§ 642, 643 BGB einerseits und § 648 BGB ein Wertungswiderspruch, den die Rechtsprechung, obwohl sie Mitwirkungshandlungen als Obliegenheiten einordnet, dadurch behebt, dass sie daneben noch einen Anspruch aus § 280 BGB gewährt³⁴¹. Einerseits fordert die Rechtsprechung die Differenzierung, die explizit zwischen Bestellermitwirkung als Pflicht und als bloßer Obliegenheit unterscheidet³⁴². Andererseits lässt der BGH diese Gretchenfrage, welche Rechtsfolge dogmatisch korrekt eine den Bauablauf störende unterbliebene Mitwirkung des Auftraggebers („Behinderung“) hat, offen³⁴³:

Es kann dahinstehen, ob sich dieser Anspruch aus § 324 BGB a.F. ergibt, weil die Bekl. vertragswidrig ihre Mitwirkungspflicht bei der Errichtung des Hauses verweigerten und es somit zu vertreten haben, dass die Kl. ihre Leistung nicht mehr erbringen kann (vgl. BGH, NJW 2004, 3775), oder ob es sich um einen Anspruch auf Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung handelt (vgl. BGHZ 11, 80, 83; BGH VersR 1960, 693). Jedenfalls kann die Kl. ihren Vergütungsanspruch im Hinblick auf das vertrags- und auch treuwidrige Verhalten der Bekl. durchsetzen,

³³⁶ BeckOK BGB/Sutschet, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 241 Rn. 16

³³⁷ Kniffka ibrOK BauVertrR/Retzlaff, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 642 Rn. 1, für § 642 BGB auch BGH NJW 2000, 1336, 1338

³³⁸ BGH Versäumnisurteil vom 26.10.2017-AZ VII ZR 16/17, insb. Rn. 25 und 26, immerhin bemisst sich die Dauer des Annahmeverzugs im Falle der reinen Verlangsamung der Arbeiten nach der Dauer der Einwirkung der unterbliebenen Mitwirkung auf den Ist-Bauablauf: KG Berlin NZBau 2019, 637, Rn. 31 und 32, Kniffka ibrOK BauVertrR/Retzlaff, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 642 Rn. 49, 50, 63ff

³³⁹ BGH Versäumnisurteil vom 26.10.2017-AZ VII ZR 16/17, Rn. 26

³⁴⁰ Eingehend: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Auflage 2022, 1. Teil, L II, Rn. 2 – 6, BGH Urte. v. 20.4.2017 – VII ZR 194/13, NJW 2017, 2025; OLG Frankfurt a. M. Urte. v. 8.5.2015 – 25 U 174/13, IBR 2016, 138; OLG München Urte. v. 24.4.2013 – 13 U 1800/12, NJW-RR 2013, 1036 f.; OLG Dresden Urte. v. 11.7.2013 – 10 U 1689/12, IBR 2013, 605.

³⁴¹ Eingehend (auch zum Streitstand): BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 642 Rn. 7-10

³⁴² Kniffka ibrOK BauVertrR/Retzlaff, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 642 Rn. 20, BGH, Urte. v. 26.10.2017 - VII ZR 16/17; Urte. v. 27.11.2008 - VII ZR 206/06, Rn. 30; Urte. v. 21.10.1999 - VII ZR 185/98

³⁴³ BGH NJW 2005, 1650, 1651, I 2 bb

ohne die Gegenleistung erbringen zu müssen (BGH, NJW 1990, 3008; BGHZ 50, 175, 177f). Allerdings muss sich die Kl. in jedem Fall die ersparten Aufwendungen anrechnen lassen. Das gilt auch für anderweitigen Erwerb oder böswillig unterlassenen anderweitigen Erwerb.

Hier irrlichtern³⁴⁴ Begrifflichkeiten wie Schadenersatz (Kontext Pflichtverletzung), Mitwirkungspflicht (Kontext Obliegenheit) oder Anrechnung ersparter Aufwendungen, anderweitiger oder böswillig unterlassener Erwerb (Kontext § 642 BGB Obliegenheit; § 648a BGB Kündigung), wo dogmatische Klarheit und Stringenz erforderlich gewesen wäre.

Auch in der Lehre wird sehr unterschiedliches vertreten:

- Beim Bauwerkvertrag sei eine selbständige Nebenpflicht immer dann anzunehmen, wenn ohne Erfüllung der Nebenpflicht die vereinbarte Bauleistung nicht erbracht werden kann oder der Vertragszweck durch das Unterbleiben der Anforderung gefährdet sei³⁴⁵.
- Die Mitwirkungshandlungen beim Bauvertrag seien stets Nebenpflichten³⁴⁶.
- Solange sich aus dem Gesetz oder den vertraglichen Verpflichtungen nicht etwas anderes ergebe, lägen bei Mitwirkungshandlungen stets reine Obliegenheiten vor³⁴⁷.
- Im Zweifel läge eine Obliegenheit vor³⁴⁸.
- Ergäbe eine Interessenanalyse im Einzelfall, dass die Erfüllung einer Anforderung nicht im Unternehmerinteresse liege (was der Regelfall sei), liege eine Obliegenheit vor, anders sei es, wenn die Erfüllung für den Unternehmer von erkennbar großem Wert sei³⁴⁹; sie könne dann sogar zur Hauptpflicht erstarken³⁵⁰.
- Der Besteller sei nicht zu allem, was ihm im Eigeninteresse obliegt, auch gegenüber der Gegenpartei verpflichtet, aber alles, wozu er gegenüber der Gegenpartei verpflichtet ist, obliege ihm auch. Deshalb könne in der Verletzung einer Vertragspflicht durch den Besteller zugleich sein Mitwirkungsverzug liegen und einen Anspruch des Unternehmers aus § 642 BGB begründen³⁵¹.

Deswegen empfiehlt es sich in der Praxis, sich an der Kasuistik der Gerichte zu orientieren und sich die passenden Meinungen in der Lehre im Bedarfsfall zu eigen zu machen – gerade für die in der Praxis sehr häufig anzutreffenden Streitigkeiten über die Erfüllung von Mitwirkungshandlungen.

³⁴⁴ Schmitz IBR 2005, 243 nennt es „pragmatisch“

³⁴⁵ Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Auflage 2022, 1. Teil, L II, Rn. 6 unter Verweis auf Leinemann/Hildebrandt VOB/B § 9 Rn. 10, 11; MüKoBGB/Busche § 642 Rn. 3, 4; Palandt/Sprau BGB § 642 Rn. 3.

³⁴⁶ Kapellmann/Messerschmidt/Markus, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 6 Rn. 53

³⁴⁷ Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Auflage 2013, 5.6 Die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers bei der Bauausführung, Rn. 1073 unter Verweis auf BGH, Urt. v. 27.11.2008 – VII ZR 206/06, BGHZ 179, 55, 68 = NJW 2009, 582, 586

³⁴⁸ Kniffka iBrOK BauVertrR/Retzlaff, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 642 Rn. 20-23

³⁴⁹ BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 642 Rn. 6

³⁵⁰ Grüneberg/Retzlaff Rn. 2, BeckOK BGB/Voit, a.a.O.

³⁵¹ Kniffka iBrOK BauVertrR/Retzlaff, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 642 Rn. 23

2.4.2.2 Mitwirkung

Es ist unstrittig, dass ein Bauvertrag ohne die Mitwirkung des Bestellers nicht realisierbar ist³⁵².

Wie bereits oben angeklungen, hat der Gesetzgeber das Werkvertragsrecht jedoch unter das Leitbild der Neuherstellung handwerklicher Güter überschaubaren Umfangs gestellt³⁵³. Regelungen über den Herstellungsprozess wurden deshalb als entbehrlich angesehen³⁵⁴. So verwundert es nicht, dass die Mitwirkungshandlungen zwar in §642 BGB tatbestandlich genannt werden, aber weder dort noch sonstwo im Gesetz eine Ausformung erhalten. Allgemein geht es um Handlungen, die für die vertragsgemäße Herstellung des Werkes insoweit von Bedeutung sind, als von ihnen der Beginn, die Durchführung oder die Fertigstellung von Arbeiten des Unternehmers abhängig ist³⁵⁵. Unter Handlungen fällt sowohl das aktive Tun als auch das vollständige Unterlassen als auch das ordnungsgemäße³⁵⁶ und rechtzeitige³⁵⁷ Bereitstellen³⁵⁸.

Es verwundert also nicht, dass sich in der Praxis sehr viele Einzelfallentscheidungen und Meinungen herausgebildet haben:

- Zuerst zu betonen, weil erhöht praxisrelevant ist die sog. Bereitstellungsobliegenheit. Der BGH hat in seiner einleitenden Entscheidung „Vorunternehmer II“ dazu ausgeführt³⁵⁹:

„Die zur Herstellung des Werkes erforderliche und ihm obliegende Mitwirkungshandlung besteht bei Bauverträgen darin, dass er das Baugrundstück als für die Leistung des Auftragnehmers aufnahmebereit zur Verfügung stellt (Ingenstau/Korbion, B § 9 Rdnr. 6; Kraus, BauR 1986, 22). Das gilt auch, wenn noch andere Unternehmer Vorarbeiten zu erbringen haben. Es ist unerheblich, ob der Besteller einen gänzlich unbearbeiteten Stoff nicht rechtzeitig zur Verfügung stellt oder einen Stoff, an dem schon andere Unternehmer Arbeiten auszuführen hatten (Staudinger/Peters, § 642 Rdnr. 17). Die Mitwirkung obliegt dem Besteller gleichermaßen bei Beginn und während der Durchführung des Vertrags.“

Detailliert geht es um eine Bereitstellung, die tatsächlich, bautechnisch und rechtlich bebauungsfähig, bearbeitungsreif, also für die Leistung des Auftragnehmers aufnahmebereit, mangelfrei und gefahrlos ist³⁶⁰.

³⁵² Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 631 Rn. 683

³⁵³ Staudinger/Peters/Jacoby (2008), Vorbem. 5 zu §§ 631 ff. BGB., Glöckner / v. Berg, Bau- und Architektenrecht, 2. Auflage 2015, § 631 BGB, Rn. 2

³⁵⁴ Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 631 Rn. 683, Motive zum BGB, Bd. 2, S. 469 f.

³⁵⁵ BGH NJW 2018, 544; BGH NJW 2017, 2025; BGH NJW 2009, 582; OLG Düsseldorf NJW 2011, 1081 (1082); NJW-RR 2000, 466; BeckOK BGB/Voit Rn. 2; Staudinger/Peters, 2019, Rn.

³⁵⁶ Staudinger/Peters, 2019, Rn. 9, MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 642 Rn. 6

³⁵⁷ KG BeckRS 2017, 101495 Rn. 68 = ZfBR 2018, 52,

³⁵⁸ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 642 Rn. 6

³⁵⁹ BGH NJW 2000, 1336, 1338 II 3 b

³⁶⁰ Beck VOB/B/Junghenn, 3. Aufl. 2013, VOB/B § 4 Abs. 1 Rn. 4

- Zur Bereitstellungsobliegenheit gehören auch die Bereitstellung der zur Bearbeitung vom Besteller zu stellenden Hilfsmittel (bspw. Wasser, Strom), das Beibringen behördlicher Genehmigungen, das Zurverfügungstellen von Plänen, Pflichtenheften oder Anforderungsprofilen³⁶¹, ebenso gehört die termingerechte mangelfreie Herstellung bei nacheinander tätigen Unternehmern, die auf der Grundlage eines Bauzeitenplans tätig werden sollen dazu³⁶².
- Treffen von Entscheidungen, die für die reibungslose Abwicklung des Vertrags erforderlich sind³⁶³.
- Koordinierung³⁶⁴.
- Zugang und Zutritt des Unternehmers³⁶⁵.
- Die Einhaltung verbindlicher Vertragsfristen ist im Grundsatz nur Obliegenheit für den Besteller, aber Rechtspflicht für den Unternehmer³⁶⁶.

Stets wird betont, dass letztlich die konkrete vertragliche Ausgestaltung Maßstab für die erforderliche Mitwirkungshandlung sei³⁶⁷; es bleibt den Vertragsparteien überlassen, ob und ggf. wie sie die Mitwirkung des Bestellers regeln³⁶⁸. Deshalb und angesichts der Vielzahl von Einzelpositionierungen verwundert es nicht, dass in der Praxis die Mitwirkungshandlungen einen großen Diskussionsstoff bieten – in jedem Bauprojekt neu.

2.4.2.3 Aufklärung, Auskunft

Zeitlich ist der Besteller vorvertraglich³⁶⁹ und auch während der Durchführung³⁷⁰ des Werkvertrags zur Aufklärung verpflichtet, soweit der Unternehmer Risiken und Gefahren aus eigener Sach- und Fachkunde alleine nicht zu erkennen oder richtig einzuschätzen vermag³⁷¹. Dazu gehören auch Abweichungen von der Ausschreibung³⁷². Er ist zu korrekten und zutreffenden Angaben verpflichtet; Anfragen des Unternehmers muss der Besteller korrekt beantworten³⁷³. Verfügt der Besteller über für den Unternehmer vertragswesentliche Informationen, trifft ihn die Verpflichtung zur Aufklärung und Mitteilung,

³⁶¹ BGHZ 179, BGHZ Band 179 Seite 55, BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 642 Rn. 2

³⁶² BeckOK BGB/Voit a.a.O., BGH NJW 2000, 1336, 1337

³⁶³ OLG Köln BauR 1990, 729, 730, BeckOK BGB/Voit a.a.O.

³⁶⁴ BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 631 Rn. 133, BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 642 Rn. 3, Beck VOB/B/Junghenn, 3. Aufl. 2013, VOB/B § 4 Abs. 1 Rn. 4, 13, Messerschmidt/Voit-Merkens, Privates Baurecht, 4. Auflage 2022, 1. Teil L III 3 Rn. 10, 11

³⁶⁵ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 642 Rn. 1

³⁶⁶ BGH, Urt. v. 21.10.1999 - VII ZR 185/98, Rn. 20; Urt. v. 26.10.2017 - VII ZR 16/17, BGHZ 216, 319, Rn. 38; KG, Urteil vom 29.01.2019 - 21 U 122/18; OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.12.2019 - 5 U 52/19; Leupertz, BauR 2010, 1999, Kniffka iBrOK BauVertrR/Retzlaff, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 642 Rn. 20

³⁶⁷ BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 642 Rn. 2

³⁶⁸ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 642 Rn. 2

³⁶⁹ Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 631 Rn. 687

³⁷⁰ Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen, a.a.O., Rn. 689

³⁷¹ BGH, Urt. v. 25.11.1986 - X ZR 38/85, Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen, a.a.O. Rn. 687

³⁷² Langen / Berger / Dauner-Lieb, Kommentar zum Bauvertragsrecht, § 631 BGB, Rn. 113, OLG Brandenburg, Urt. v. 20.04.2004 – 6 U 116/03, BauR 2005, 575.

³⁷³ Langen / Berger / Dauner-Lieb, Kommentar zum Bauvertragsrecht, § 631 BGB, Rn. 109

insbesondere eine positive Kenntnis oder Verdachtsmomente über besondere Gefahren oder Umstände, die für den Abschlusswillen des Unternehmers von Bedeutung sind, muss er von sich aus offenbaren, soweit sie für den Unternehmer nicht erkennbar sind³⁷⁴.

Der Besteller muss seinerseits den Unternehmer, soweit die Leistungszeit nicht vereinbart wurde, über den voraussichtlichen Arbeitsbeginn aufklären. Verursacht der Besteller Behinderungen, muss er dem Unternehmer zunächst über den wahrscheinlichen Wegfall und anschließend über den tatsächlichen Wegfall informieren³⁷⁵. Informationen zur Durchsetzung von Ansprüchen gegen Dritte sind weiterzugeben³⁷⁶. Der Besteller muss bei Nichtzahlung der Vergütung den Grund mitteilen; widrigenfalls ist der Unternehmer seinerseits - trotz tatsächlichem Vorliegen eines Leistungsverweigerungsrechts - wegen grundloser Zahlungsverweigerung zu Kündigung berechtigt³⁷⁷. Auch vor einer Kündigung ist in der Regel eine Kündigungsandrohung notwendig, vgl. § 314 Abs. 2 BGB.

Oft werden diese Verpflichtungen in der Praxis jedoch übersehen.

2.4.2.4 Obhut, Schutz und Fürsorge

Generell hat jede Vertragspartei bei der Ausübung ihrer Vertragsrechte auf die Rechte und Interessen der anderen Partei Rücksicht zu nehmen. Sie darf deshalb grundsätzlich die andere Vertragspartei nicht zu Unrecht in Anspruch nehmen³⁷⁸.

2.4.3 Übernommene Gefahren

Die werkvertragliche Gefahrverteilung, also die Risikoverteilung, wird in den §§ 644 und 645 BGB beschrieben³⁷⁹, nicht zu übersehen jedoch auch § 640 BGB (Abnahme). Daraus ergibt sich:

Die Gefahr trägt der Besteller stets nach der Abnahme, vor der Abnahme aber nur

- wenn er in Annahmeverzug gerät § 644 I 2 BGB, ob darunter auch das Unterlassen einer erforderlichen Mitwirkungshandlung fällt § 642 BGB, ist streitig³⁸⁰.

³⁷⁴ Kniffka *ibrOK BauVertrR/von Rintelen*, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 631 Rn. 688, BGH, Urt. v. 7.2.2003 - V ZR 25/02 zum Kaufrecht; BGH, Urt. v. 24.3.1977 - III ZR 198/74; BGB-RGRK/Glanzmann, § 631 Rn. 64

³⁷⁵ Beck'scher VOB-Kommentar/Berger, vor § 6 VOB/B Rn. 18, Kniffka *ibrOK BauVertrR/von Rintelen* a.a.O. Rn. 689

³⁷⁶ MüKo-Busche BGB § 631 Rn. 110, Langen / Berger / Dauner-Lieb, Kommentar zum Bauvertragsrecht, 2. Auflage 2022, § 631 BGB, Rn. 109

³⁷⁷ OLG Celle, Urt. v. 24.2.1999 - 14a (6) U 4/98; Adler/Everts *BauR* 2000, 1111; Fuchs, Kooperationspflichten der Bauvertragsparteien, S. 248 ff., Kniffka *ibrOK BauVertrR/von Rintelen* a.a.O. Rn. 689

³⁷⁸ BGH, Urt. v. 16.1.2009 - V ZR 133/08, Kniffka *ibrOK BauVertrR/von Rintelen* a.a.O. Rn. 691

³⁷⁹ BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 644 Rn. 1

³⁸⁰ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 644 Rn. 8, Messerschmidt/Voit/Merkens, 4. Aufl. 2022, BGB § 644 Rn. 13 mwN.

- wenn ein von ihm gelieferter Stoff zufällig untergeht oder beschädigt wird § 644 I 3 BGB.

In allen anderen Fällen trägt der Unternehmer die Gefahr.

Dabei ist zu differenzieren zwischen der Leistungsgefahr, meinend das Risiko, wenn das noch nicht erfüllte Werk oder die für die Erstellung des Werkes erforderlichen Materialien, Werkzeuge, Maschinen und sonstigen Hilfsmittel³⁸¹ beschädigt, zerstört, unbrauchbar³⁸² oder unausführbar³⁸³ geworden ist; und der Preisgefahr; meinend die Frage, ob dem Unternehmer in diesen Fällen die Vergütung bleibt³⁸⁴. Deshalb wird man präziser sagen müssen:

- Der Unternehmer trägt grundsätzlich die Leistungsgefahr bis zur Abnahme, der Besteller danach³⁸⁵. Ausnahmen sind im Falle der Unmöglichkeit, Unvermögen und der berechtigten Leistungsverweigerung des Unternehmers (§§ 275, 635 III BGB) zu machen³⁸⁶.
- Hinsichtlich der Preisgefahr gilt für den Besteller, dass Leistungs- und Preisgefahr immer zusammenfallen; trägt er die Leistungsgefahr, trägt er auch die Preisgefahr³⁸⁷.

Für den Unternehmer gilt, dass mit dem Wegfall der Leistungspflicht § 275 BGB auch die Vergütung nach allgemeinen Regeln entfällt § 326 I BGB, sofern keine Seite die Unmöglichkeit zu vertreten hat³⁸⁸. Tritt Teilunmöglichkeit auf, ist gem. § 326 I BGB iVm. § 441 III BGB analog zu mindern³⁸⁹. Allerdings hilft dem Unternehmer § 645 BGB: Danach kann er eine Vergütung nach § 645 Abs. 1 BGB für die vor der Verschlechterung oder dem Untergang erbrachte Leistung verlangen, wenn das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen oder verschlechtert worden ist, ohne dass ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat³⁹⁰.

Diese gesetzliche Gefahrverteilung kommt in dem Fall zu Lasten des Unternehmers zum Tragen, wenn der Besteller (was bei Bauprojekten häufig vorkommt) mehrere Unternehmer für verschiedene Gewerke einsetzt und ein Unternehmer oder ein Dritter vor Abnahme das Werk eines anderen Unternehmers beschädigt. Auch dies bleibt im werkvertraglichen Verhältnis zwischen Besteller und Unternehmer, dessen Leistung geschädigt wurde, in der Leistungs- und Preisgefahr des Unternehmers³⁹¹.

³⁸¹ OLG Saarbrücken NJW-RR 2015, 649, 650, MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 644 Rn. 10

³⁸² OLG Frankfurt a. M. IBR 2018, 190 m. Anm. Goede; OLG Saarbrücken NJW-RR 2015, 649 f.

³⁸³ Messerschmidt/Voit/Merkens, 4. Aufl. 2022, BGB § 644 Rn. 1

³⁸⁴ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 644 Rn. 10

³⁸⁵ MüKoBGB/Busche a.a.O., Messerschmidt/Voit/Merkens, 4. Aufl. 2022, BGB § 644 Rn. 3

³⁸⁶ Messerschmidt/Voit/Merkens, a.a.O. Rn. 3

³⁸⁷ Messerschmidt/Voit/Merkens, 4. Aufl. 2022, BGB § 644 Rn. 16, MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 644 Rn. 10

³⁸⁸ Kniffka iBrOK BauVertrR/Pause/ Vogel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 644 Rn. 13

³⁸⁹ BGH, Urt. v. 17.7.2007 - X ZR 31/06; Urt. v. 14.1.2010 - VII ZR 106/08, Kniffka a.a.O.

³⁹⁰ Kniffka iBrOK BauVertrR/Pause/ Vogel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 644 Rn. 16

³⁹¹ Vgl. bspw. LG Wiesbaden (5. Zivilkammer), Urteil vom 13.04.2016 - 5 O 94/13, insb. Rn. 53

Im Bereich der Risiko- und Gefahrtragung erleichtert die Rechtsprechung die Lage für den Besteller zudem:

Birgt eine ausgeschriebene technische Variante ein Risiko, das der Besteller erkennbar nicht übernehmen will, muss der Unternehmer, wenn er dieses Risiko auch nicht tragen will, diesen nach der ständigen Rechtsprechung des BGH darauf hinweisen und mit ihm vertraglich einen Ausschluss des Risikos vereinbaren³⁹².

2.4.4 Fazit zu den Anteilen des Bestellers am gesetzlichen Äquivalent:

Das oben gezogene Zwischenfazit lässt sich hier erneut wieder anbringen:

Es ergeben sich für die Praxis aus diesem Geflecht ineinander verwobener Einzelaspekte, vielfache Möglichkeiten, teilweise aufgrund der schwachen gesetzlichen Ausgestaltung gar Notwendigkeiten, das gesetzliche Äquivalent zu verändern und dadurch ein abweichendes vertragliches Äquivalent zu schaffen.

Der eine, beste Königsweg wird sich auch im Lichte des Vorstehenden nicht aufzeigen lassen. Die Gesamtschau aller Parameter muss einmal mehr entscheiden, inwieweit die eigenen Interessen im vertraglichen Äquivalent gewahrt sind.

2.5 Anteile des Unternehmers am gesetzlichen Äquivalent

Wie schon oben genannt, treffen den Unternehmer Hauptpflichten, Nebenpflichten, Obliegenheiten, übernommene Gefahren, aber keine gesetzliche Zahlungsverpflichtung.

2.5.1 Hauptpflichten

2.5.1.1 Herstellungspflicht, funktionaler Herstellungsbegriff, Vorleistung

Nach § 631 I 1 BGB ist der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werks verpflichtet, wobei er grundsätzlich zur Vorleistung verpflichtet ist (siehe oben 2.4.1.1). Was genau das versprochene Werk umfasst, ergibt sich aus dem Vertrag und ist nach allgemeinen Grundsätzen der Auslegung zu ermitteln³⁹³. Dabei sind zwei wichtige Aspekte getrennt zu halten³⁹⁴:

- Welcher werkvertragliche Erfolg ist vereinbart?
- Was ist das vereinbarte Leistungssoll?

³⁹² BGH NJW 2014, 3365, 3366, Rn. 19, unter Verweis auf BGHZ 91, 206, 213 206; BGH NJW-RR 2000, 465

³⁹³ Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 631 Rn. 231

³⁹⁴ NWJS/Funke, 5. Aufl. 2019, VOB/B § 1 Rn. 41 differenzierend zwischen Leistungs- und Vergütungsrisiko, Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 631 Rn. 232-234

Die Notwendigkeit der Differenzierung ergibt sich daraus, dass einerseits das vereinbarte Leistungssoll die Grundlage des vertraglich vereinbarten Preises ist³⁹⁵. Oder wie der BGH es zu diesem Punkt ausurteilt:

„Haben die Parteien neben dem Werkerfolg eine bestimmte Herstellungsart nach Vorgaben des Auftraggebers ausdrücklich vereinbart, so wird regelmäßig nur diese durch die Vergütungsvereinbarung abgegolten. Schuldet der Auftragnehmer zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs zusätzlichen Herstellungsaufwand, der nicht von der Vergütung erfasst ist, ist das rechtsgeschäftlich festgelegte Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gestört³⁹⁶.“

Andererseits hat die Rechtsprechung mit ihrer Auffassung zum sog. funktionalen Herstellungsbegriff klargestellt, dass der vertraglich geschuldete Erfolg (Funktionalität und Zwecktauglichkeit) letztentscheidend ist, selbst wenn er mit den im Leistungssoll beschriebenen Mitteln nicht zu erreichen ist³⁹⁷. Funktionalität und Zwecktauglichkeit sind Maßstab der Erfolgshaftung³⁹⁸, positiven Falls der Erfüllung, widrigenfalls der Nachbesserung des funktionalen Mangels. Oder wie der BGH es ausdrückt³⁹⁹:

„Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch vereinbart und dieser Erfolg mit der vertraglich vereinbarten Leistung oder Ausführungsart oder den anerkannten Regeln der Technik nicht zu erreichen, schuldet der Unternehmer die vereinbarte Funktionstauglichkeit (BGH, Urteil vom 8. November 2007 - BGHZ 174, 110 Rn. 15)“

Es entsteht somit ein gespaltenes Äquivalent, hinsichtlich des Werks zu bemessen an Funktionalität und Zwecktauglichkeit, hinsichtlich der Abgeltungswirkung der Vergütung aber zu bemessen am Wortlaut.

Wie vorstehend bereits gesagt, erfolgt die Ermittlung des Werks durch Auslegung.

Für Auftraggeber, die aufgrund vergaberechtlicher Bestimmungen wie bspw. der VOB/A Werkverträge vergeben und schließen, kommen zu den allgemeinen Regeln des BGB einige Besonderheiten hinzu:

- ein Teilnehmer an einem solchen Vergabeverfahren darf erwarten, dass die Ausschreibung VOB/A-konform erfolgt⁴⁰⁰.
- dem Wortlaut der Ausschreibung kommt vergleichsweise große Bedeutung zu, weil der Empfängerkreis der Erklärung im Vergabeverfahren nur

³⁹⁵ Kniffka ibrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 631 Rn. 233

³⁹⁶ BGH NJW 2018, 391, 394, Rn. 37 und 38, siehe auch: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, Teil 5, A, IV 1 a Rn. 77

³⁹⁷ Siehe Einleitung, S. 8 m.w.N., Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher-Jurgeleit, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020 Teil 5 Rn. 27, Kniffka ibrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 631 Rn. 232, 234, BGH in st. Rspr.

³⁹⁸ BGH in ständiger Rechtsprechung, vgl. bspw., BGHZ 139, 244; BGH NZBau 2000, 74 = ZfBR 2000, 121; BGH BauR 2003, 236; BGH BauR 2007, 700; BGH BauR 2011, 869, BGHZ 201, 148 = BauR 2014, 1291

³⁹⁹ BGH Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11 = BeckRS 2014, 11357 = NJW 2014, 3365

⁴⁰⁰ Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 1 Rn. 50, BGH NJW 1999, 897, BGH NJW 2013, 1957 Rn. 16

abstrakt bestimmt ist⁴⁰¹, insofern wird die Vorgabe des § 133 BGB, wonach man für die Auslegung nicht am „buchstäblichen Sinn des Ausdrucks haften“ solle, nuanciert.

- Die Auslegung von Vergabedokumenten erfolgt wie allgemein nach dem Empfängerhorizont, dies ist aufgrund der Rollenverteilung des förmlichen Vergabeverfahrens, wo die ausschreibende Stelle die Wortlaute vorgibt und die Bieter darauf ohne Abweichung ihr Angebot legen müssen (Ausnahme nur in Verfahren mit freihändiger Vergabe), die Sicht des potentiellen Bieters⁴⁰², selbst dann, wenn der Erklärende etwas anderes verstanden hat und verstehen durfte⁴⁰³.
- Der Auftragnehmer kann ein vom Auftraggeber zur Verfügung gestelltes Leistungsverzeichnis so verstehen, dass der Auftragnehmer den Erfolg mit den genannten technischen Mitteln erreichen will⁴⁰⁴.
- Eine nicht unerhebliche Rolle spielt das technische Verständnis der maßgeblichen Fachkreise, bspw. wenn in der Leistungsbeschreibung technisch spezifizierter Text enthalten ist⁴⁰⁵.

Weitere Besonderheiten sind daneben charakteristisch für den Werkvertrag. Aus dem Umstand, dass das Gesetz den Herstellungsweg nicht beschreibt (siehe oben), folgt, dass ein Vertrag keine auslegungsbedürftige Lücke aufweist, wenn und soweit im Vertrag ebenfalls keine Aussage dazu getroffen wird. Dies kann bspw. in der Form geschehen, dass man sich vertraglich darauf geeinigt hat, nur Funktionalitäten und Zwecke festzulegen (sog. Funktionale Leistungsbeschreibung). In diesem Fall ist es den Auftragnehmern/Bietern überlassen, die technische, funktionsgerechte, gestalterische und wirtschaftlichste Lösung zur Erreichung des Bau-Solls zu entwickeln⁴⁰⁶ und die dafür erforderliche Planung (in der Regel Ausführungs- und Detailplanung) selbst zu leisten⁴⁰⁷.

Gleiches gilt für Termine (dazu nachstehend 2.5.1.4).

Ebenso gilt es, wenn man den Begriff „Werk“ oder auch „Bausoll“ mit Blick auf die baurechtliche Praxis näher in folgende Teilaspekte des Bauens differenziert⁴⁰⁸:

⁴⁰¹ BGH a.a.O

⁴⁰² BGH NZBau 2002, 500ff, BGH NJW-RR 1993, 1109, BGH „Sonderfarben I“ BauR 1993, 595, BGH „Wasserhaltung II“ BauR 1994, 236., BGH „Bauträger“ NZBau 2001, 132

⁴⁰³ BGH BauR 1986, 361; BGH „Spanngarnituren“ BauR 1994, 625; Kapellmann/Messerschmidt/Markus, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 2 Rn. 168-170

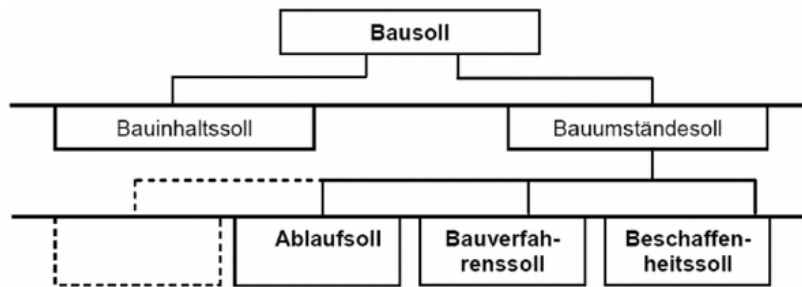
⁴⁰⁴ BGH NJW 1998, 3707

⁴⁰⁵ BGH BauR 1994, 625, BGH BauR 1997, 466, BGH „NEP Positionen“ NZBau 2003, 376; BGH „Spanngarnituren“ BauR 1994, 625; Kniffka/Koebler/Jurjeleit/Sacher Kompendium BauR Teil 4 Rn. 116 ff.; Kapellmann/Schiffers/Markus, Band 2 Rn. 599, Band 1 Rn. 177

⁴⁰⁶ NWJS/Kues, 5. Aufl. 2019, VOB/B § 2 Rn. 12, Ingenstau/Korbion/Keldungs § 2 Abs. 1 VOB/B Rn. 10, BGH NJW 1987, 1931, 1935

⁴⁰⁷ Ingenstau/Korbion/Keldungs § 2 Abs. 1 VOB/B Rn. 10, NWJS/Kues, 5. Aufl. 2019, VOB/B § 2 Rn. 13, Labrenz NZBau 2008, 352,

⁴⁰⁸ Abbildung aus Kapellmann/Messerschmidt/Markus, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 2 Rn. 31



Dabei beantwortet das Bauinhaltssoll die Frage, WAS zu bauen ist, das Baumstandesoll dagegen die Frage, WIE zu bauen ist⁴⁰⁹. Auch diese Differenzierung ist wichtig, weil sich die Änderungsrechte des Auftraggebers gem. § 650b BGB bzw. §§ 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 VOB/B nur auf den Bauinhalt, nicht aber auf die Baumstände (darunter die Bauzeit) beziehen⁴¹⁰. Die Baumstände unterliegen der Dispositionshoheit des Auftragnehmers⁴¹¹.

In der Praxis sorgt die Erkenntnis, dass der Besteller die Baumstände, soweit er sie nicht im Vertrag konkret geregelt hat, aus der eigenen Hand gibt und in die Dispositionshoheit des Unternehmers legt, für regelmäßige Probleme, ebenso auch die Tatsache, dass der Besteller durch Anordnungen gem. § 650b BGB (ebenso auch § 1 Abs. 3 und 4 Satz 1 VOB/B) zwar Bauinhalte nach Vertragsschluss beeinflussen kann, aber immer Kosten- und ggf. auch Zeitfolgen tragen muss (§ 650c BGB, §§ 2 Abs. 5, 6, 9 VOB/B) und bei Bauzeit und sonstigen Baumständen vollends auf Zustimmung des Unternehmers angewiesen ist § 311 I 1 BGB, ohne sie einseitig anordnen zu können.

Die Komplexität des Begriffs „Werk“ oder auch Bausolls, wie vorstehend angerissen, stellt eine Quelle vielfacher Streitigkeiten und Probleme dar, bedenkt man, dass

- die Erreichung des Solls Abnahmevoraussetzung ist.
- die Abweichung des Ist-Bauablaufs vom Soll-Bauablauf entweder Ansprüche des Unternehmers auf und aus Bauzeitverlängerung⁴¹² oder umgekehrt Ansprüche des Auftraggebers wegen Schuldnerverzugs des Unternehmers begründen kann (§§ 280, 286 BGB Soll = Pflicht, Ist = Pflichtverletzung).
- die vom Auftraggeber veranlasste oder späterhin gebilligte Modifikation der Leistung Mehr- oder Mindervergütung auslösen kann (§§ 650b und c, 677 ff, 812 ff BGB, §§ 1, 2 Abs. 4, 5, 6, 8, 9 VOB/B).

⁴⁰⁹ Kapellmann/Messerschmidt/Markus, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 2 Rn. 31

⁴¹⁰ Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 1 Rn. 64, Kapellmann/Schiffers Vergütung I Rn. 787; Thode BauR 2008, 155 (158), str.; für die Bauzeit ghM Thode ZfBR, 214, BauR 2008, 155, BeckVOB/B-Jagenburg § 1 Abs. 3 VOB/B Rn. 11, OLG Hamm NZBau 2006, 180, OLG Celle BauR 2009, 1591, Kniffka ibRÖK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650b Rn. 62, BT-Drucks. 18/8486, S. 54

⁴¹¹ Beck VOB/B/Ganten § 4 Nr. 2 Rn. 7 f.; Beck VOB/B/Motzke § 6 Nr. 4 Rn. 28; Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 1 Rn. 66, Koos, Die Bedeutung der Bauzeitplanung (des Bauterminplans) für die Gestaltung und Abwicklung von Bauverträgen, BauR 2023, S. 287, 287, 293, Ziffer 4

⁴¹² Markus: Anforderungen an die Begründung von Ansprüchen wegen bauzeit-verlängernden Behinderungen, NZBau 2014, 688, 689 II,

- die Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit des Werks den werkvertraglichen Gewährleistungsmangel §§ 633ff BGB, 13 Abs. 5 VOB/B oder Erfüllungsmangel §§ 280ff BGB, 4 VII VOB/B begründet⁴¹³.

Gerade für den Mangel ergibt sich zusätzliches Konfliktpotential:

- Als Mangel gilt es auch, wenn die vereinbarte Funktionalität und Zwecktauglichkeit verfehlt ist (funktionaler Mangel).
- Üblicher Verschleiß stellt keinen Mangel dar, vorzeitiger oder übermäßiger Verschleiß dagegen schon⁴¹⁴.
- Es genügt für den Besteller, wenn er die Mangelperscheinungen an bestimmten Stellen hinreichend genau bezeichnet („die Mangelsymptome“), eine Bezeichnung der Ursache ist nicht erforderlich⁴¹⁵.
- Die Bezeichnung des Symptoms wirkt auf alle Abweichungen von der Sollbeschaffenheit, die im Zusammenhang mit dem Symptom stehen⁴¹⁶.
- Sind die angegebenen Symptome des Mangels nur an einigen Stellen aufgetreten, schlägt ihre Rüge und damit die Mangelhaftigkeit des Werkes in Wahrheit auf die ganze Leistung durch⁴¹⁷, d.h. mit der Bezeichnung des Symptoms wird die Mangelursache insgesamt gerügt⁴¹⁸.
- Es genügt, wenn der Besteller die Symptomatik so konkret fasst, dass der Mangel nach Art und Ort mit Hilfe von Zeugen und Sachverständigen feststellbar ist⁴¹⁹.
- Es genügt, wenn der Mangel im Zeitpunkt der Abnahme nach außen noch nicht in Erscheinung getreten ist, er aber im Keim bereits angelegt war (sog. Keimtheorie)⁴²⁰.
- Teilweise wird unter Anlehnung an die kaufrechtliche Rechtsprechung⁴²¹ auch vertreten, es genüge bereits der Mangelverdacht⁴²², dies gar, wenn der Verdacht erst nach Gefahrübergang entsteht, aber auf Tatsachen beruht, die vor Gefahrübergang gegeben, aber noch nicht erkennbar waren⁴²³.
- Ein Mangel wird nur dann effektiv gerügt, wenn die Rüge ein Abhilfeverlangen enthält⁴²⁴.

⁴¹³ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 633 Rn. 7

⁴¹⁴ Kapellmann/Messerschmidt/Langen, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 13 Rn. 62

⁴¹⁵ BGH NJW-RR 2001, 380, BGH NJW-RR 2000, 309, BGH NJW-RR 2021, 147 Rn. 14, MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 633 Rn. 7, Keilmann/Watson: Vorliegen eines Werkmangels „auf Verdacht“?, NZBau 2023, 287, BeckOK BGB/Voit, 66. Ed. 1.11.2022, BGB § 635 Rn. 19

⁴¹⁶ BGH NJW-RR 2021, 147 Rn. 16; BGHZ 136, 342, 346; BGH NJW 1999, 1330, 1331; BGH NJW-RR 2002, 743; BGH NJW-RR 2000, 309 f., BeckOK BGB/Voit, 66. Ed. 1.11.2022, BGB § 635 Rn. 19

⁴¹⁷ BGH BauR 1989, 79; BGHZ 110, 99,

⁴¹⁸ BGH NZBau 2016, 746, 747, BeckOK BGB/Voit, 66. Ed. 1.11.2022, BGB § 635 Rn. 19

⁴¹⁹ BGH WM 1980, 951, BeckOK BGB/Voit, 66. Ed. 1.11.2022, BGB § 635 Rn. 19, Grüneberg/Retzlaff Rn. 3; BGH NJW-RR 2014, 1204 Rn. 16f.; BGH NJW-RR 1997, 1376; 2001, BGH NJW-RR 2001 380

⁴²⁰ BGH NJW 1994, 1659, 1660; MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 633 Rn. 8; BeckOK BGB/Voit, BGB § 633 Rn. 3, Keilmann/Watson: Vorliegen eines Werkmangels „auf Verdacht“?, NZBau 2023, 287

⁴²¹ BGH NJW 1969, 1171 (Hasenfleisch bei Salmonellenfund in einer Stichprobe), BGH NJW-RR 2004, 850 und NJW 2016, 2876 (jeweils zu Standard-Solaranlagen),

⁴²² Kleefisch/Durynek: Der Mangelverdacht im Werkvertragsrecht, NJOZ 2018, 121

⁴²³ Kleefisch/Durynek: Der Mangelverdacht im Werkvertragsrecht, NJOZ 2018, 121, V 1 b

⁴²⁴ Grüneberg/Retzlaff Rn. 3; BGH WM 1978, 953 f., BeckOK BGB/Voit, 66. Ed. 1.11.2022, BGB § 635 Rn. 19,

- Eine Mangelrüge muss⁴²⁵ dem Auftragnehmer eine angemessene Zeit für die Nachbesserung einräumen. Was aber als angemessen zu gelten hat, ist diffus. So wird bspw. als angemessen angesehen, wenn während der Dauer der Frist unter größten⁴²⁶ oder vermehrten⁴²⁷ Anstrengungen der Mangel hätte beseitigt werden können. Zweck der Frist sei aber nicht, den Unternehmer in die Lage zu versetzen, nun erst die Bewirkung der Nachbesserung vorzubereiten, sondern ihm nur die letzte Gelegenheit zur Vollendung zu geben⁴²⁸.
- Auf Grundlage der Mängelrüge kann man vom Unternehmer Vorschuß verlangen, vor Abnahme als Kostenvorschußanspruch, d.h. Schadenersatzanspruch gerichtet auf die Vorfinanzierung in Form einer Vorabzahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrages⁴²⁹, nach Abnahme gem. § 637 III BGB, ggf. auch als Freistellungsanspruch⁴³⁰.
- Anders als im Kaufrecht⁴³¹ ist ein fiktiver Schadenersatz nicht möglich⁴³², dies gilt allerdings nicht für Mangelfolgeschäden außerhalb der eigenen Leistung; denn diese Schäden betreffen nicht das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, sondern das Integritätsinteresse, und die Kosten ihrer Beseitigung sind nicht vom Nacherfüllungsanspruch und vom Vorschussanspruch erfasst⁴³³.

Damit ist das gesetzliche Äquivalent über den Begriff des Werks massiv streitbefangen.

2.5.1.2 Verschaffungspflicht

Der Unternehmer hat als synallagmatische Leistungspflicht⁴³⁴ dem Besteller das Werk zu verschaffen⁴³⁵, was tatsächlich nur meint, dass der Unternehmer dem Besteller das Werk zur tatsächlichen Verfügung freizugeben hat⁴³⁶, oder Besitz oder Eigentum zu verschaffen hat⁴³⁷. Bei rein körperlichen Werken ist die Verschaffungspflicht in der Praxis unproblematisch. Bei reinen Geisteswerken (bspw. Architekten- oder Ingenieurleistungen), die sich in einem Substrat verkörpern, ist das Substrat (bspw. die ausgedruckte Planung) zu übergeben, sowie evtl. Nutzungsbefugnisse hieran einzuräumen⁴³⁸ (was in der Praxis gerne

⁴²⁵ OLG Oldenburg IBR 2021, 410

⁴²⁶ OLG Stuttgart BauR 2003, 108, Mundt BauR 2005, 1397ff.

⁴²⁷ OLG Düsseldorf IBR 2007, 1257

⁴²⁸ BGH NJW 1982, 1279,

⁴²⁹ BGH NJW 2018, 1463, BGH NJW-RR 2019, 211, BGH NJW 2018, 1463 Rn. 51, OLG Hamm NJW 2019, 3240, 3245 Rn. 92

⁴³⁰ BGH NJW 2018, 1463 Leitsatz 3 a und Rn. 66

⁴³¹ BGH IBR 2020, 372, BGH NJW 1532, Kapellmann/Messerschmidt/Langen, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 13 Rn. 445, 446

⁴³² BGH IBR 2020, 636, BGH IBR 2018, 196, OLG Oldenburg IBR 2021, 179, Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, 4. Aufl. 2022, BGB § 636 Rn. 171, 172

⁴³³ OLG Köln ZfBR 2023, 50

⁴³⁴ Messerschmidt/Voit/Rintelen, 4. Aufl. 2022, BGB § 631 Rn. 82

⁴³⁵ argumentum e § 633 I BGB, Messerschmidt/Voit/Rintelen, 4. Aufl. 2022, BGB § 631 Rn. 10, Kapellmann/Messerschmidt/Langen, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 13 Rn. 24

⁴³⁶ Kapellmann/Messerschmidt/Langen, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 13 Rn. 24

⁴³⁷ Messerschmidt/Voit/Rintelen, 4. Aufl. 2022, BGB § 631 Rn. 83

⁴³⁸ Messerschmidt/Voit/Rintelen, 4. Aufl. 2022, BGB § 631 Rn. 84

entweder übersehen oder maximalisiert wird). Gleiches gilt für Dokumentationen und Handbücher in komplexeren Werken. Hier sind die Unterlagen und sonstigen Informationen (Einweisungen), die der Besteller benötigt, um das Werk nutzen zu können, mitzuübergeben⁴³⁹.

Die Dokumentation sowie der Umfang von Nutzungsrechten bilden in der Praxis Diskussionsstoff, wenngleich bei weitem nicht in dem Umfang wie das oben genannte Bausoll.

2.5.1.3 Person des Leistenden

Grundsätzlich ist die Verpflichtung, das Werk zu erstellen und zu verschaffen, nicht höchstpersönlicher Natur⁴⁴⁰, was erst recht die Erbringung auch durch und mittels Hilfspersonen einschließt⁴⁴¹. Anders verhält es sich nur bei Leistungen „mit persönlichem Einschlag“, was sich durch ausdrückliche vertragliche Regelung oder ggf. durch Vertragsauslegung ergibt⁴⁴². In der Praxis werden in diesem Zusammenhang eher Fragen der Qualifikation und Fachkunde des Leitungspersonals des Unternehmers relevant, ebenso die evtl. Einflussnahme des Bestellers auf die Auswahl von Hilfspersonen und deren Eignung.

2.5.1.4 Leistungszeit

Deutlich praxisrelevanter und streitträchtiger sind die Fragen der Bauzeit. Zurückzukehren ist dabei wieder an den Punkt, dass das Gesetz den Herstellungsprozess als solchen nicht regelt, auch nicht in zeitlicher Hinsicht⁴⁴³. Einziger Anhaltspunkt ist § 271 BGB, wonach die Leistung sofort zu erbringen ist. Das führt jedoch nicht weit, weil rein faktisch Bauprojekte nicht sofort ausführbar sind, sondern immer eine gewisse Zeit benötigen.

Man wird im Zweifel lediglich davon ausgehen dürfen, dass sie unverzüglich begonnen werden⁴⁴⁴ und in angemessener Zeit, die zur Herstellung allgemein erforderlich ist, zügig zu Ende zu führen sind⁴⁴⁵. Dies führt gerade in komplexen Bauprojekten nicht weit und hilft insbesondere dem Besteller, dem die Mitwirkungshandlung „Koordination“ obliegt, kaum. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der werkvertragliche Erfolg nur einheitlich und damit chronologisch erst mit der Abnahme bewirkt wird. Daher bezieht sich die Norm des § 271 BGB auch auf die Fertigstellung des Gesamtwerks⁴⁴⁶.

⁴³⁹ Messerschmidt/Voit/Rintelen, 4. Aufl. 2022, BGB § 631 Rn. 85

⁴⁴⁰ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 631 Rn. 74, Messerschmidt/Voit/Rintelen, 4. Aufl. 2022, BGB § 631 Rn. 86

⁴⁴¹ BeckOK BGB/Voit § 631 Rn. 45; MüKoBGB/Busche § 631 Rn. 71; Ingenstau/Korbion/Oppler § 4 Rn. 1.

⁴⁴² Messerschmidt/Voit/Rintelen, 4. Aufl. 2022, BGB § 631 Rn. 87, MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 631 Rn. 74, 75

⁴⁴³ Messerschmidt/Voit/Rintelen, Privates Baurecht, 1. Teil H IV 1, Rn. 67

⁴⁴⁴ BGH Urt. v. 8.3.2001 – VII ZR 470/99, NJW-RR 2001, 806, Messerschmidt/Voit/Rintelen, 4. Aufl. 2022, BGB § 631 Rn. 89

⁴⁴⁵ Messerschmidt/Voit/Rintelen, 4. Aufl. 2022, BGB § 631 Rn. 89, BGH Urt. v. 8.3.2001 – VII ZR 470/99, NJW-RR 2001, 806, Kapellmann/Messerschmidt/Sacher, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 5 Rn. 2

⁴⁴⁶ Kapellmann/Messerschmidt/Sacher, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 5 Rn. 4

Wie aber schon oben gesagt, bewirkt die fehlende gesetzliche Vorgabe, dass der Besteller nur im und durch den Vertrag den Rahmen für die Leistungszeit setzen kann. Im übrigen unterliegt die Zeit zwischen Beginn und Vollendung der Arbeiten grundsätzlich der Disposition des Unternehmers⁴⁴⁷. Der Auftragnehmer darf innerhalb der vereinbarten Ausführungstermine über die Zeit und Abfolge frei verfügen⁴⁴⁸. Der Auftragnehmer besitzt die alleinige Dispositionsfreiheit über Programm und Ablauf; der Unternehmer bestimmt also u.a. die Bildung von Leistungsabschnitten, die Gliederung und Taktung des Ablaufs, der Arbeitsabschnitte und -unterbrechungen⁴⁴⁹. So wie der Unternehmer Bauinhalt und Baumstände innerhalb des vertraglichen Rahmens bestimmen kann, kann er dies also auch für die zeitliche Gestaltung des Bauablaufs.

Hinzu kommt noch der Begriff der „Baufreiheit“:

Der Besteller hat dafür zu sorgen, dass der Auftragnehmer in die Lage versetzt wird, die geschuldete Bauleistung überhaupt zu erbringen und sie ordnungsgemäß und ohne rechtliche und tatsächliche Behinderung sachgerecht und ohne Verzögerung ausführen zu können. Ausdruck dieser Mitwirkungspflicht ist die Anforderung, dass dem Auftragnehmer das Grundstück in einer für seine Leistung aufnahmebereiten Art und Weise bebauungsfähig zur Verfügung gestellt wird und dass die Baustelle frei von Hindernissen und Behinderungen ist⁴⁵⁰. Das gilt auch, wenn noch andere Unternehmer Vorarbeiten zu erbringen haben. Es ist unerheblich, ob der Besteller einen gänzlich unbearbeiteten Stoff nicht rechtzeitig zur Verfügung stellt oder einen Stoff, an dem schon andere Unternehmer Arbeiten auszuführen hatten. Die Mitwirkung obliegt dem Besteller gleichermaßen bei Beginn und während der Durchführung des Vertrags⁴⁵¹.

Der Auftraggeber ist im Hinblick auf die zeitliche Dispositionshoheit des Auftragnehmers grundsätzlich nicht berechtigt, in die zeitlichen Einzelheiten des Bauablaufs einzugreifen und bspw. einen einmal aufgestellten Bauzeitenplan ohne Weiteres einseitig abändern⁴⁵². Einschränkungen dessen kann der Besteller also nur durch den Vertrag selbst bewirken, ansonsten gilt Baufreiheit.

Über das Vorstehende verknüpfen sich Fragen der Bauzeit sehr eng mit Mitwirkungshandlungen gem. § 642 BGB (siehe oben 2.4.2.2) und über das Vertretenmüssen von vereinbarten Terminen mit Verzug §§ 280, 286 BGB.

⁴⁴⁷ BayObLG Beschluß vom 28.5.2003 – AZ Verg 6/03, Weyand, Vergaberechtskommentar Ziffer 75.8 zu § 9 VOB/A Rn. 18, Koos, Die Bedeutung der Bauzeitplanung (des Bauterminplans) für die Gestaltung und Abwicklung von Bauverträgen, BauR 2023, S. 287, 287, 293, Ziffer 4

⁴⁴⁸ Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Auflage 2022, 1. Teil H IV 2 Rn. 72

⁴⁴⁹ Beck VOB/B/Berger vor § 6 Rn. 33; Leinemann/Kues VOB/B § 6 Rn. 10; FKZGM/Zanner VOB/B § 6 Rn. 2; Kapellmann/Schiffers/Markus Bauvertrag I Rn. 1312, 1288, Heilfort BauR 2017, 178, Kapellmann/Messerschmidt/Markus, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 6 Rn. 2

⁴⁵⁰ BeckOK VOB/B/Fuchs, 50. Ed. 31.7.2022, VOB/B § 4 Abs. 1 Rn. 1 unter Verweis auf Ingenstau/Korbion § 4 Abs. 1 VOB/B Rn. 1

⁴⁵¹ BGH NJW 2000, 1336, 1338 II 3

⁴⁵² Heiermann/Riedl/Rusam-Riedl/Mansfeld, 12. Aufl. § 4 VOB/B Rn. 17, Ingenstau/Korbion-Oppler, 17. Aufl. § 4 Abs. 1 VOB/B

2.5.1.5 Leistungsort

Auch beim Leistungsort macht sich bemerkbar, dass der Gesetzgeber den Herstellungsprozess nicht geregelt hat. Wie schon oben gesagt, liegt zwar der Erfüllungsort im Sinne § 269 BGB (siehe oben 1.2.2.2), dort wo das Werk abzuliefern und zu verschaffen ist⁴⁵³. Die Herstellung selbst ist nicht ortsgebunden. In der Praxis finden regelmäßig Vormontagen etc. nicht am Ort der Baustelle statt, sondern bspw. im Werk des Unternehmers, seiner Nachunternehmer und Lieferanten. Soweit sich aus dem Vertrag oder der Natur der Sache nichts anderes ergibt, ist der Unternehmer in Wahl dieses Herstellungsorts frei⁴⁵⁴.

Dies gibt in der Praxis auch selten Anlass zum Streit.

2.5.2 Nebenpflichten

Auch wenn der Begriff der „Neben“pflichten etwas Beiläufiges, Nebensächliches und Untergeordnetes vermuten lässt, treffen den Unternehmer doch umfassende Aufgaben. Wo es für den Besteller grundsätzlich nur Obliegenheiten der Mitwirkung sind (siehe oben 2.4.2), sind es für den Unternehmer tatsächlich Rechtspflichten⁴⁵⁵; zudem sind es nicht wenige.

2.5.2.1 Pflichten betreffend die Vorgaben und Vorleistungen des Auftraggebers

2.5.2.1.1 Beratung, Aufklärung und Prüfung vor Vertragsschluß

Grundsätzlich ist es Sache des Bestellers, welchen werkvertragliche Erfolg er anstrebt und wie er ihn für sich nutzbar machen will⁴⁵⁶. Kommt dem Unternehmer jedoch tatsächlich überlegenes Fachwissen zu⁴⁵⁷ oder nimmt der Unternehmer solches in Anspruch bzw. berüht sich einschlägiger Fachkunde⁴⁵⁸ (wobei nicht auf die tatsächlichen Kenntnis und Fähigkeiten, sondern auf die objektive Maßstäbe in Ansehung des konkreten Vertragsgegenstandes abzustellen ist⁴⁵⁹), entsteht eine Nebenpflicht des Unternehmers⁴⁶⁰, mittels des vom Unternehmer nach dem Vertragsgegenstand zu erwartenden Fachwissens die Vorgaben des Bestellers zu prüfen und je nach Wissensdefizit und Beratungsbedarf des Bestellers auf mögliche Bedenken hinzuweisen⁴⁶¹. Hieraus entsteht ein komplexes, bewegliches System aus Informationsbedarf, Informationsmöglichkeit und Funktionskreis der Information⁴⁶².

⁴⁵³ Messerschmidt/Voit/Rintelen, 4. Aufl. 2022, BGB § 631 Rn. 91

⁴⁵⁴ Messerschmidt/Voit/Rintelen, 4. Aufl. 2022, BGB § 631 Rn. 91

⁴⁵⁵ Umfassende Darstellung: BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 631, IV 3, Rn. 65-87

⁴⁵⁶ BGH NJW-RR 1996, 789, 791, II 3 c

⁴⁵⁷ BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 631 Rn. 65

⁴⁵⁸ BGH NJW-RR 1992, 1078, 1080, II 1 a.E.,

⁴⁵⁹ BGH NJW-RR 1996, 789, 791, II 3 c,

⁴⁶⁰ BGH NJW-RR 1996, 789, 791, II 3 c

⁴⁶¹ BGH a.a.O.

⁴⁶² BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 631 Rn. 65,

- Planung, Vorgaben und Informationen sind auch ohne besondere vertragliche Verpflichtung zu kontrollieren
- Auf Bedenken hinsichtlich der tatsächlichen oder rechtlich zulässigen⁴⁶³ Realisierbarkeit, Widerspruchsfreiheit⁴⁶⁴, Vollständigkeit und Auskömmlichkeit der Information⁴⁶⁵ und Zwecktauglichkeit⁴⁶⁶ ist auch ohne besondere vertragliche Verpflichtung hinzuweisen
- die Kompatibilität von Vorleistungen, bestellerseitigen Beistellungen/Vorarbeiten⁴⁶⁷, Anlagen und Baubestand mit dem zu erstellenden Werk ist zu prüfen und ggf. Bedenken anzumelden⁴⁶⁸.
- Ob vom Werk Gefahren ausgehen, ist zu prüfen und ggf. Bedenken zu erheben⁴⁶⁹.

Diese Prüf- und Beratungspflichten bestehen grundsätzlich auch gegenüber dem fachkundigen Besteller⁴⁷⁰, allerdings in manchen Dingen nur eingeschränkt: Hat der Besteller selbst Sonderfachleute eingesetzt, darf der Unternehmer davon ausgehen, dass auch diese über die notwendige Fachkunde verfügen und muss deshalb nicht selbst prüfen⁴⁷¹; nur auf offensichtliche und tatsächlich erkannte Fehler ist hinzuweisen⁴⁷².

Eine in der Praxis beachtliche Fehlerquelle ist die Erfüllung der Hinweispflicht: pauschale Ausführungen und Beschönigungen sind nicht angebracht; der Hinweis muss die Bedenken konkret benennen und das Maß der Bedenken deutlich aufzeigen⁴⁷³. Die Bedenken müssen allgemein verständlich und fachgerecht formuliert sein⁴⁷⁴, inhaltlich erschöpfend und möglichst richtig, ohne dass der Unternehmer jedoch die abschließende Richtigkeitsprüfung anstellen müsste. Gewissheit ist nicht erforderlich, kundzutun ist lediglich die Besorgnis und die Vermutung eines fachkundigen und zuverlässigen Auftragnehmers⁴⁷⁵. Letztlich geht es darum, den Auftraggeber in die Lage zu versetzen, den Sachverhalt auch hinsichtlich der Tragweite eingehend zu prüfen und ggf. eigene Entscheidungen zu treffen⁴⁷⁶.

⁴⁶³ BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 631 Rn. 65; OLG Dresden NJW-RR 2002, 1314

⁴⁶⁴ Kniffka IbrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 631 Rn. 250

⁴⁶⁵ OLG Köln NJW 1996, 1067, 1068

⁴⁶⁶ BGH NJW 1981, 1779; BGH NJW-RR 1987, 664, 665; BGH DB 1993, 12, OLG Köln NJW-RR 1994, 1045, 1046, Kniffka IbrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 631 Rn. 249

⁴⁶⁷ BGH NJW 1987, 643; OLG Bremen NJW-RR 2001, 1463, 1464; BGHZ 95, 128, 133; OLG Hamm NJW-RR 2009, 1531

⁴⁶⁸ BGH NJW-RR 1996, 789, 791; BGH NJW 2011, 2644, 2645

⁴⁶⁹ RGZ 127, 14, 17, BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 631 Rn. 65,

⁴⁷⁰ BGH NJW-RR 2001, 520; BGH NJW-RR 1996, 789, 791; BeckOK BGB/Voit, a.a.O., Rn. 67

⁴⁷¹ OLG Köln NZBau 2015, 777, 778; OLG Köln NJW-RR 1986, 183, 184, OLG Schleswig BeckRS 2018, 21377

⁴⁷² OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 82, 84, BGH NJW-RR 2003, 1454, BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 631 Rn. 67

⁴⁷³ BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 631 Rn. 69

⁴⁷⁴ Kapellmann/Messerschmidt/Merkens, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 4 a

⁴⁷⁵ Kapellmann/Messerschmidt/Merkens, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 4 a)

⁴⁷⁶ BGH NJW 1975, 1217; Beck VOB/B/Ganten § 4 Abs. 3 Rn. 53, Kapellmann/Messerschmidt/Merkens, a.a.O.

Es ist nicht Sache des Unternehmers, darüber hinaus auch Lösungsvorschläge zu erarbeiten, sondern Sache des Bestellers, Abhilfe zu schaffen⁴⁷⁷.

Aktiv zu werden, ist also schon niederschwellig möglich. Umgekehrt führt die Einhaltung der Prüf- und Hinweispflicht zur Enthaftung wegen eines funktionalen oder auch sonstigen Mangels⁴⁷⁸ (im BGB- wie im VOB/B-Werkvertrag⁴⁷⁹) und kann, sofern sich in der Folge das Bausoll durch Ausübung von auftraggeberseitigen Anordnungsrechten wie bspw. § 650b BGB oder einvernehmlich § 311 I 1 BGB ändert, zu Bauzeitverlängerung und Mehrvergütung führen – Umstände, die ein Unternehmer in der Praxis regelmäßig erstrebt.

2.5.2.1.2 Beratung, Aufklärung und Prüfung nach Vertragsschluß

Die Verpflichtungen des Unternehmers setzen sich während der Erfüllungsphase des Vertrags fort⁴⁸⁰. Allerdings kann die Ausführung zu neuen Erkenntnissen führen, die entsprechende Prüf- und Hinweisverpflichtungen des Unternehmers bedingen, u.a.:

- Vorteilhaftere Herstellungsweisen⁴⁸¹.
- Aufklärung über Risiken, die dem Unternehmer erst während der Ausführung erkennbar werden⁴⁸².
- Neue technische Anforderungen bedingt durch eine Verschiebung der Bauzeit⁴⁸³.

2.5.2.2 Weitere Pflichten während der Ausführung

Neben den vorstehenden Pflichten gibt es in der Rechtsprechung weitere Pflichten, die sich letztlich aus einer Vielzahl von Einzelfallentscheidungen zusammenfügen:

- Einweisung in Bedienung und Wartung des Werks⁴⁸⁴
- Warnpflichten bei vom Werk ausgehenden Gefahren⁴⁸⁵. Besteht eine Gefahr nur für den Fall der nicht sachgerechten Nutzung des Werks, gilt dies nur, wenn und soweit der Fehlgebrauch oder die Nichtbeachtung der erforderlichen Verhaltenspflicht naheliegt⁴⁸⁶, ansonsten liegt die Prüf- und Informationspflicht beim Besteller⁴⁸⁷.

⁴⁷⁷ OLG Celle NJW 1960, 102, Kapellmann/Messerschmidt/Merkens, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 4 a), NWJS/Gartz VOB/B § 4 Rn. 79

⁴⁷⁸ Steffen/Frieder: Der funktionale Mangelbegriff, NJW-Spezial 2022, 620, 621 III, OLG Celle IBR 2015, 351,

⁴⁷⁹ BGH BeckRS 2007, 19450,

⁴⁸⁰ BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 631 Rn. 66

⁴⁸¹ BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 631 Rn. 66, KG NJW-RR 2001, 1385, 1386

⁴⁸² BeckOK BGB/Voit, a.a.O.

⁴⁸³ BGH NJW 2011, 3291, 3292 f.

⁴⁸⁴ BGH NJW-RR 1987, 664, 665

⁴⁸⁵ BGH NJW 2018, 2956, OLG Stuttgart NJW-RR 1998, 960,

⁴⁸⁶ BGH NJW 2018, 2056

⁴⁸⁷ GH NJW-RR 1987, 664, 665, BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 631 Rn. 76

- Verwahrungs-, Sicherungs- und Sorgfaltspflichten an vom Besteller übergebenen oder aus Anlaß der Ausführung seinem Einfluss unterliegenden Gegenständen⁴⁸⁸, allerdings differenzierter, sofern es nicht um Gegenstände sondern um Dritte wie andere Unternehmer, Planer, Grundstücksnachbarn etc. geht⁴⁸⁹.
- Überprüfungspflicht auf Funktionstauglichkeit des errichteten Werks⁴⁹⁰.

2.5.2.3 Pflicht zur wirtschaftlichen Betriebsführung

Eine in der Praxis recht häufig übersehene Pflicht ist die Verpflichtung des Unternehmers zur wirtschaftlichen Betriebsführung im Falle der auf Zeit zu erbringenden Arbeit, insbesondere auf Stundenlohnbasis.

Diese Verpflichtung trifft den Unternehmer nicht allgemein, vielmehr ist es grundlegend seine Sache und sein Eigeninteresse, sein Unternehmen generell wie auch sein konkretes Bauprojekt wirtschaftlich und effizient zu organisieren⁴⁹¹. In diesem Zusammenhang besitzt der Unternehmer einen Anspruch auf die Vergütung der ausgeführten Stunden multipliziert mit dem vereinbarten Stundenlohn, also auf Zahlung des Werklohns⁴⁹², wofür der Unternehmer die Beweislast trägt⁴⁹³. Nach der Rechtsprechung⁴⁹⁴ kommt es dem Unternehmer jedoch nicht zu, unbegrenzt zeitlichen Aufwand zu betreiben⁴⁹⁵, denn dann würde er das Risiko der Unwirtschaftlichkeit auf den Besteller abwälzen⁴⁹⁶. Ihm kommt bei einer Vergütung auf Zeitbasis die Nebenpflicht zu auf eine wirtschaftliche Betriebsführung zu achten⁴⁹⁷.

Der Besteller kann gegen den Werklohnanspruch einwenden (wofür ihm die Beweislast obliegt⁴⁹⁸), die abgerechnete Zeit sei zur Erstellung des Werks nicht erforderlich gewesen. Dies gestattet zwar keine Behauptung ins Blaue hinein; insgesamt dürfen aber keine hohen Anforderungen gestellt werden⁴⁹⁹. Ausreichend ist ein Vortrag der dem Besteller bekannten oder leicht ermittelbaren Anhaltspunkte, der dem Gericht eine Beweiserhebung ermöglicht⁵⁰⁰. Kommt sodann der Unternehmer der Nebenpflicht nicht nach; den Besteller im Rahmen seines Kontroll- und Informationsinteresses⁵⁰¹ in

⁴⁸⁸ BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 631 Rn. 77

⁴⁸⁹ Eingehend dazu: BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 631 Rn. 80

⁴⁹⁰ BGH NJW 1996, 2924 (für Software mit Datensicherung), BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 631 Rn. 81

⁴⁹¹ Vgl. BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 631 Rn. 83

⁴⁹² BGH NJW 2009, 3426, Rn. 13

⁴⁹³ BGH NJW 2009, 3426, Rn. 13 unter Verweis auf BGH NJW 2009, 2199, BGH, NJW 2000, 1107, BGHZ 113, 222, BGH, ZfBR 1990, 129

⁴⁹⁴ Hinweis: Teilweise wird vertreten, der Anspruch auf Werklohn sei von vornherein begrenzt auf den wirtschaftlichen Anspruch, Peters NZBau 2009, 673, 674, Birkemeyer: Stundenlohnzettel als Abrechnungsgrundlage im Werklohnprozess, NJW 2014, 839, III 2, dazu auch BGH NJW 2009, 2199, 2202, Rn. 35 mwN. im Ergebnis ablehnend

⁴⁹⁵ BGH NJW 2009, 3426, Rn. 18

⁴⁹⁶ BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 631 Rn. 83

⁴⁹⁷ BGH NJW 2009, 3426 mwN.

⁴⁹⁸ BGH NJW 2009, 3426, Rn. 18

⁴⁹⁹ BGH NJW 2009, 3426, Rn. 20

⁵⁰⁰ BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 631 Rn. 97, BGH NJW 2009, 3426 Rn. 20

⁵⁰¹ BGH NJW 2009, 2199, 2004, Rn. 42, 43

die Lage zu versetzen, die Wirtschaftlichkeit zu prüfen, d.h. den für die erbrachten Vertragsleistungen bei wirtschaftlicher Betriebsführung erforderlichen Zeitaufwand sachverständig anhand feststellbarer Leistungsergebnisse ermitteln zu lassen⁵⁰², genügt sogar ein pauschales Bestreiten⁵⁰³. Dieser Schadenersatzanspruch geht auf Freistellung von Zeitaufwand, der auf unwirtschaftlicher Betriebsführung beruht⁵⁰⁴.

In der Praxis wird dies bereits außergerichtlich interessant, wenn der Besteller berechtigt die Unwirtschaftlichkeit einwendet und dann in Ansehung des Schadenersatzanspruchs ein Zurückbehaltungsrecht gem. §§ 273, 320 BGB einwendet – was den kompletten Zeitanteil einer Werklohnforderung des Unternehmers umfassen kann.

2.5.2.4 Nachwirkende Vertragspflichten

In seltenen praktischen Fällen ergeben sich auch aus dem abgenommenen Werkvertrag noch Pflichten⁵⁰⁵, u.a.:

- Übernahme von Reparaturen.
- Aufrechterhaltung der Versorgung mit Ersatzteilen.
- Nachwirkungen der Einweisungspflicht: Auskunft.
- Warn- und Hinweispflicht, sofern sich nach Abnahme ergibt, dass vom Werk Gefahren ausgehen.

2.6 Bewertung der Anteile des Unternehmers am gesetzlichen Äquivalent

Wenig verwunderlich lässt sich das für den Besteller oben gezogene Fazit auch für den Unternehmer ziehen:

Auch für ihn ergeben sich für die Praxis aus diesem Geflecht ineinander verwobener Einzelaspekte, vielfache Möglichkeiten, teilweise aufgrund der schwachen gesetzlichen Ausgestaltung gar Notwendigkeiten, das gesetzliche Äquivalent zu verändern und dadurch ein abweichendes vertragliches Äquivalent zu schaffen.

Der eine, beste Königsweg wird sich auch auch für den Unternehmer im Lichte des Vorstehenden nicht aufzeigen lassen. Die Gesamtschau aller Parameter muss einmal mehr entscheiden, inwieweit die eigenen Interessen im vertraglichen Äquivalent gewahrt sind.

2.7 Modifikationen des gesetzlichen Äquivalents bei Beteiligung Mehrerer

Das vorstehende gesetzliche Äquivalent erfährt eine Erweiterung oder auch Modifikation, wenn Dritte hinzutreten. Dies kann passieren,

- wenn auf Seiten des Bestellers oder Unternehmers Dritte zum Zweck der Übernahme jeweiliger Verpflichtungen oder Beteiligung an Rechten eingebunden

⁵⁰² BGH NJW 2009, 2199, 2004 Rn. 43

⁵⁰³ BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 631 Rn. 97, sehr ausführlich BGH NJW 2009, 2199, Rn. 38- 41

⁵⁰⁴ BGH NJW 2009, 2199, 2203 Rn. 35 a.E.

⁵⁰⁵ BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 631 Rn. 84

- werden (bspw. Architekten oder andere Fachunternehmen auf Seiten des Bestellers, Nachunternehmer und Lieferanten auf Seiten des Unternehmers),
- wenn sich in der Rolle des Bestellers oder des Unternehmers Mehrere zusammenfinden (bspw. Eigentümergemeinschaften als Besteller oder Konsortien oder Arbeitsgemeinschaften auf Seiten des Unternehmers), oder
 - wenn kraft Gesetzes Rechtspersonen, die in keinem Vertragsverhältnis stehen, dennoch zu einer Gesamthand zusammengeführt werden (bspw. Gesamtschuld zwischen Architekten/Ingenieuren des Auftraggebers und dem deren Planung und Vorgaben ausführenden Unternehmer im Falle eines Baumangels).

2.7.1 Mehrere auf Seiten des Bestellers

2.7.1.1 Gesamthand

Treten mehrere Personen gemeinsam als Besteller auf, so sind sie im Hinblick auf die vom Unternehmer zu erbringenden Leistungen Gesamtgläubiger § 428 BGB bzw. Mitgläubiger, sofern die Leistung unteilbar ist § 432 BGB, für die eigenen Leistungen jedoch Gesamtschuldner § 421 BGB⁵⁰⁶.

2.7.1.2 Eigentümergemeinschaft als Besteller

Besonderheiten ergeben sich, wenn auf Bestellerseite eine Eigentümergemeinschaft besteht⁵⁰⁷. Denn nicht nur die einzelnen Eigentümer können zusammen Partei eines Werkvertrags werden. Auch die Eigentümergemeinschaft als solche kann nach § 9a WEG selbständig Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden und wird dazu durch den Verwalter gesetzlich vertreten § 9b WEG. Für Verbindlichkeiten der Eigentümergemeinschaft haftet dann jeder Wohnungseigentümer einem Gläubiger nach dem Verhältnis seines Miteigentumsanteils §§ 9a IV, 16 WEG. Erfüllung an sich kann ein einzelner Eigentümer nur nach Maßgabe des § 18 III WEG verlangen, ansonsten ist die Eigentümergemeinschaft als solche anspruchsberechtigt. Einreden und Einwendungen der Gemeinschaft kann der einzelne Eigentümer (neben den eigenen) nur gegenüber Gläubigern, nicht aber gegenüber anderen Eigentümern geltend machen § 9a IV 2 WEG. Die Eigentümergemeinschaft bildet ein eigenes Vermögen, kann aber nicht insolvent werden §§ 9a III und V WEG. Selbst wenn die einzelnen Eigentümer Vertragspartner werden, ist er in der Ausübung seiner Rechte limitiert: Angelegenheiten, die eine einheitliche Rechtsverfolgung erfordern, werden durch die Eigentümergemeinschaft wahrgenommen.

Aufgrund dessen ergeben sich sehr differenzierte Fallkonstellationen, ob der einzelne Eigentümer oder die Gemeinschaft im Zusammenhang mit Baumängeln Rechte geltend machen können⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 631 Rn. 49, BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 631 Rn. 114

⁵⁰⁷ Eingehend, wenn auch mit mittlerweile nicht mehr aktuellen Verweisungen auf die Normen des WEG BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 631 Rn. 115-123

⁵⁰⁸ Eingehend: BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 631 Rn. 119-123

2.7.1.3 Mehrere Besteller, ein Unternehmer

Schließen mehrere Besteller mit einem Unternehmer separate Verträge, bestehen zwischen den Bestellern keine wechselseitigen Rechtsbeziehungen⁵⁰⁹. Verletzt einer der Besteller eine dem Unternehmer gegenüber übernommene Pflicht, so sind alle anderen Besteller mangels besonderer Absprachen nicht in den Schutzbereich dieser Pflicht mit einbezogen⁵¹⁰.

2.7.2 Mehrere auf Seiten des Unternehmers

Mehrere Unternehmer können nebeneinander, gemeinschaftlich oder in gestaffelten Vertragsverhältnissen ihre Werkleistung erbringen⁵¹¹.

2.7.2.1 Mehrere Unternehmer nebeneinander

Beauftragt ein Besteller mehrere Unternehmer nebeneinander, aber unabhängig voneinander, so stehen die Vertragsverhältnisse unabhängig voneinander⁵¹². Das Verschulden eines Unternehmers wird einem Besteller im Verhältnis zu einem anderen Unternehmer grundsätzlich nicht nach § 278 BGB zugerechnet⁵¹³. Dies ist nur dann anders, wenn der andere Unternehmer im Pflichtenkreis des Bestellers tätig wird (bspw. Projektsteuerung, Architekt)⁵¹⁴. Auch eine Schutzwirkung zu Gunsten eines anderen Unternehmers entfaltet der Werkvertrag zwischen Besteller und einem anderen Unternehmer nicht⁵¹⁵.

Schädigt ein Unternehmer die Leistung eines anderen Unternehmers, bevor dieser die Abnahme erlangt hat, ist der Geschädigte erneut zur Leistung verpflichtet §§ 631, 640 BGB. Gegen den schädigenden Unternehmer scheiden naheliegende Ansprüche wie bspw. § 823 BGB aus, weil in der Regel §§ 946, 94 BGB in der Regel nach dem Verbauen von Leistungen den Eigentumsübergang bewirken. Der geschädigte Unternehmer ist regelmäßig auf die Drittschadensliquidation angewiesen⁵¹⁶. Gerade dies ist ein in der Praxis nicht ungewöhnlicher Fall, dessen Abwicklung jedoch meist als sehr unbefriedigend wahrgenommen wird.

Wegen der Sonderkonstellation, wenn die Leistungen mehrerer, parallel, aber unabhängig voneinander arbeitender Unternehmer auf eine einheitliche Bauleistung gerichtet sind, ist auf 2.7.3 bzw. soweit sie für Mängel verantwortlich zeichnen auf 2.7.4 zu verweisen.

⁵⁰⁹ BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 631 Rn. 124

⁵¹⁰ BGH ZIP 1996, 1664, 1667

⁵¹¹ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 631 Rn. 35

⁵¹² MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 631 Rn. 43

⁵¹³ BGH NJW 2000, 1336, 1337, II 2 b aa

⁵¹⁴ BGH NJW 2016, 1685 Rn. 46; OLG Celle BeckRS 2020, 3553 Rn. 58, Weise NJW-Spezial 2021, 492.

⁵¹⁵ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 631 Rn. 44

⁵¹⁶ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 631 Rn. 44

2.7.2.2 Mehrere Unternehmer als Vor-/Nachunternehmer

Grundsätzlich gilt für mehrere Unternehmer, deren Vertragsverhältnisse unabhängig voneinander stehen, die aber ihre Leistungen aufeinander aufbauend erbringen, das Vorstehende.

Für den Besteller ist jedoch zu beachten, dass die mangelhafte Vorleistung des Vorunternehmers ihm zwar nicht über § 278 BGB zugerechnet wird. Aber ihn selbst trifft die verschuldensunabhängige Obliegenheit zur Bereitstellung einer tauglichen Vorleistung⁵¹⁷ (siehe oben 2.4.2.2).

Für den Unternehmer ist zu beachten, dass er wegen der dem Besteller obliegenden Bereitstellung seine Bedenken auch an den Besteller, aber nicht an das letztlich verursachende Nebengewerk zu richten hat⁵¹⁸. Weiterhin hat der Unternehmer sich mit anderen Unternehmern in der Reihenfolge seiner Leistungserbringung abzustimmen, soweit deren Leistungen für die Erbringung der eigenen Leistung von Bedeutung sind⁵¹⁹, ohne dass dies gleichbedeutend mit einer Übernahme der dem Auftraggeber obliegenden Mitwirkungshandlung „Koordination“ wäre⁵²⁰.

2.7.2.3 Mehrere Unternehmer in gestaffelten Vertragsverhältnissen

Neben der vorstehend schon beschriebenen Form der tatsächlichen Staffelung aufgrund in der Regel technischer oder logischer Abfolgen und Abhängigkeiten gibt es auch die Form, in der mehrere Vertragsverhältnisse über die ganze Leistung oder eine Teilleistung hintereinander geschaltet sind.

Der finale Besteller im Rechtssinne wird in der Praxis häufig als Endkunde oder Bauherr bezeichnet, die mit ihm in einem unmittelbaren Vertragsverhältnis stehenden Unternehmer auch (je nach Leistungsumfang) als Totalunternehmer, Generalunternehmer oder Hauptunternehmer, die ihnen nachgelagerten Unternehmer meist als Nach- oder Subunternehmer.

Grundsätzlich gilt, dass jedes dieser Vertragsverhältnisse separat für sich zu betrachten ist und keine schuldrechtliche Beziehung zwischen dem Endkunden und dem Subunternehmer besteht⁵²¹. Eine Durchbrechung gewährt das Gesetz allerdings gem. § 641 II BGB mit der Durchgriffsfälligkeit (siehe oben 2.4.1.2.3.4).

Im Verhältnis zwischen Hauptunternehmer und Endkunde wird dem Hauptunternehmer ein Verschulden des Nachunternehmers gem. § 278 BGB zugerechnet⁵²². Anders verhält es sich jedoch, wenn nicht Nachunternehmer, sondern Lieferanten einbezogen sind, die bspw. Waren und Stoffe für das Werk liefern. Sie gelten nicht als Erfüllungshelfen gem. § 278 BGB⁵²³.

⁵¹⁷ BGH NJW 2000, 1336, 1338.

⁵¹⁸ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 631 Rn. 46

⁵¹⁹ OLG Düsseldorf NJW 2016, 168 Rn. 94; OLG München NZBau 2007, 107; MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 631 Rn. 46, Huß, NJW 2022, 81, 82 (Anmerkung zu OLG Lüneburg NJW 2022, 73ff)

⁵²⁰ OLG Düsseldorf NJW 2016, 168 Rn. 94

⁵²¹ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 631 Rn. 37

⁵²² BGH NJW 1976, 516; BGH NJW 1981, 1779; MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 631 Rn. 40, BeckOK BGB/Voit Rn. 85;

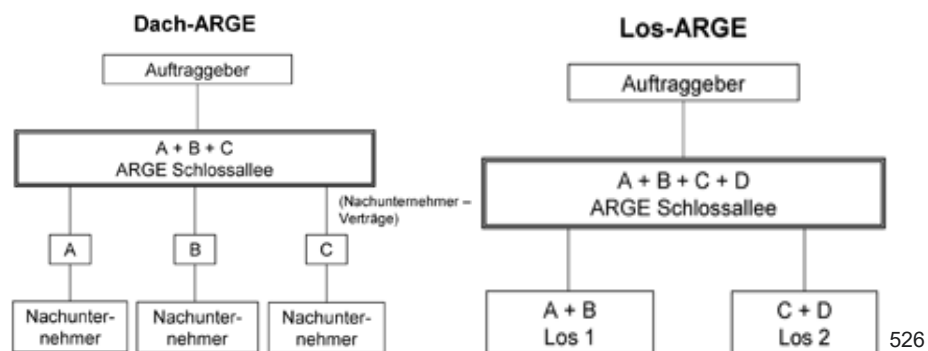
⁵²³ BGH NJW 1978, 1157; OLG Celle NZBau 2000, 145; LG Berlin NJW-RR 1997, 1176; aA OLG Nürnberg NJW-RR 2003, 666 (667); Wolf ZIP 1998, 1657 (1661).

Hinzuweisen ist bei der Einbeziehung von Lieferanten durch einen dem Endkunden nachgelagerten Nachunternehmer auch, dass der Gesetzgeber mit dem sog. Lieferantenregress gem. §§ 445a, 445b BGB (ist der Endkunde ein Verbraucher sogar mit Beweislastumkehr §§ 478, 477 BGB) das übergeordnete Rechtsverhältnis zwischen dem belieferten Unternehmer und dessen Besteller verkoppelt und sogar auf die gesamte Lieferkette ausdehnt (§ 455a III BGB). Es ist ein kluges Argument, das nach Erfahrung des Verfassers jedoch nur schleppend in der Praxis ankommt.

2.7.2.4 Mehrere Unternehmer in Gemeinschaft

Häufig anzutreffen ist der Zusammenschluß mehrerer Unternehmer, um gemeinsam ein Angebot für einen Werkvertrag an den Besteller zu legen (in der Praxis regelmäßig „Bietergemeinschaft“ oder „BIEGE“ genannt⁵²⁴) oder nach der erfolgreichen Angebotslegung oder unter Einschluß der Angebotsphase sich zur arbeitsteiligen Durchführung eines Werkvertrags zusammenzufinden (in der Praxis häufig „Arbeitsgemeinschaft“ oder „ARGE“, aber auch „Konsortium“ genannt).

In der Praxis haben sich verschiedene Erscheinungsformen der ARGE herausgebildet⁵²⁵, am häufigsten anzutreffen sind Dach- und Los-ARGE



Die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks bewirkt den Zusammenschluß als Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts §§ 705 ff BGB - jedenfalls soweit die ARGE im Rechtsverkehr erkennbar ist⁵²⁷ (auch sog. Außen-ARGE oder offenes Konsortium genannt), sofern die ARGE ein Handelsgewerbe betreibt (§1 II HGB) ist jedoch auch die Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft „oHG“ denkbar⁵²⁸. In diesem Falle wird die ARGE Schuldner kraft Vertrags, deren beteiligte Unternehmen haften jedoch nicht als Gesamtschuldner⁵²⁹, sondern als

⁵²⁴ Thierau/Messerschmidt: Die Bau-ARGE - Teil 1: Grundstrukturen und Vertragsgestaltung, NZBau 2007, 129, 133, Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 1. Teil B II 8 Rn. 43

⁵²⁵ Thierau/Messerschmidt a.a.O., S. 133

⁵²⁶ Thierau/Messerschmidt a.a.O., S. 133

⁵²⁷ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 631 Rn. 36

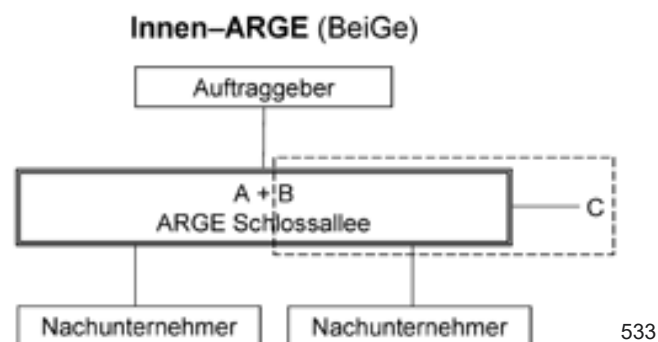
⁵²⁸ OLG Dresden NJW-RR 2003, 257, OLG Frankfurt a. M., NZBau 2005, 590 = IBR 2005, 542, Thierau/Messerschmidt: Die Bau-ARGE - Teil 1: Grundstrukturen und Vertragsgestaltung, NZBau 2007, 129, 130

⁵²⁹ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 631 Rn. 36, BGH NJW 2001, 1058, 1061

Gesellschafter der ARGE akzessorisch analog §§128 S. 1, 130 HGB⁵³⁰. Für deliktisches Verschulden der Gesellschafter und Organe der ARGE haftet die ARGE dem Geschädigten entsprechend § 31 BGB⁵³¹.

Bedeutsam ist zudem der Fall der Insolvenz. Da die ARGE als solche ein eigenes Gesellschaftsvermögen besitzt §§ 718 – 720 BGB, kann sie insolvent werden § 728 I BGB, § 11 II Nr. 1 InsO, was regelmäßig durch Nachschußpflichten der Gesellschafter aufgefangen wird § 735 BGB oder bereits vor Beendigung der ARGE unter Abweichung vom dispositiven⁵³² § 707 BGB.

Nur scheinbar dasselbe ist dagegen die reine Innen-Gesellschaft, die nach außen als solche nicht erkennbar ist (auch stille ARGE oder stilles Konsortium genannt).



Das grafisch dargestellte Verhältnis zwischen B + C wird nach außen, d.h. gegenüber der ARGE oder dem Auftraggeber nicht als Zusammenschluß erkennbar. Vielmehr erscheint nach außen B als Besteller, der der ARGE und ggf. dem Besteller als alleiniger Vertragspartner gegenübertritt, obwohl er im Innenverhältnis Geschäftsführer, auch Federführer genannt, ist⁵³⁴. C wird als Nachunternehmer in einem Werkvertragsverhältnis zu B gesehen.

In der Praxis werden zwar vielfache Begründungen vertreten, mit denen insbesondere der Federführer der stillen ARGE für diese Konstellation wirbt. In dieser Position kann er uneingeschränkt die Rechte und Pflichten eines Unternehmers wahrnehmen. Der stille Gesellschafter jedoch ist hinsichtlich der Pflichten regelmäßig gleichgestellt, kann jedoch aufgrund der „stillen“ Konstellation nicht direkt an den Besteller herantreten oder Ansprüche geltend machen. Umgekehrt kommen ihm nicht die Rechte eines Nachunternehmers wie bspw. Leistungsverweigerungsrechte zu, soweit er sie nicht im Rahmen des ARGE-Vertrags ausgestaltet hat oder soweit sie ihm nicht aufgrund §§ 705 ff BGB zustehen. Überspitzt formuliert, bildet das stille Konsortium für den stillen Gesellschafter im Vergleich zum federführenden Gesellschafter zwar eine vollständige Risiko-, aber nur eine geringe Chancen-Gemeinschaft.

⁵³⁰ BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1058 (1061), BGH NJW 2003, 1803, MüKoBGB/Busche, a.a.O., Thierau/Messerschmidt a.a.O., Seite 133, 134 zur Außenhaftung, BeckOK BGB/Schöne, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 718 Rn. 15

⁵³¹ BGH, NJW 2003, 1803, Thierau/Messerschmidt a.a.O., S. 133 u.

⁵³² BeckOK BGB/Schöne, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 707 Rn. 8 mwN

⁵³³ Abbildung aus Thierau/Messerschmidt, a.a.O S. 132f

⁵³⁴ Messerschmidt/Voit-Messerschmidt, Privates Baurecht, 1. Teil, B II 8 Rn.

Einzugehen ist abschließend auf den Fall, dass ein Gesellschafter in Insolvenz fällt. In diesem Fall wird die ARGE aufgelöst § 728 II 1 BGB⁵³⁵, die verbleibenden Gesellschafter sind vorläufig zu Fortführung verpflichtet und die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend §§ 728 II 2, 727 II 2 und 3 BGB, was lediglich eine Notgeschäftsführung durch Prolongierung der bisherigen Geschäftsführung meint⁵³⁶ und durch die Fiktion des § 729 BGB zugunsten gutgläubiger Gesellschafter verstärkt wird.

Sieht der ARGE-Vertrag eine Fortführung vor, gilt diese Regelung, bestärkt durch § 736 BGB und regelmäßig unter Abfindung, so daß §§ 738 – 740 BGB (Anwachsung) greifen⁵³⁷. Ist eine solche Regelung nicht vorhanden, fallen dem/den verbleibenden ARGE-Gesellschaftern automatisch und kraft Gesetzes im Wege der Gesamtrechtsnachfolge alle Aktiva und Passiva zu⁵³⁸ und es erfolgt sodann gem. § 84 I InsO außerhalb des Insolvenzverfahrens die Auseinandersetzung nach §§ 730 ff BGB.

Die Gemeinschuldnerin/deren Insolvenzverwalter nimmt jedoch weder an der Auseinandersetzung⁵³⁹, noch an der Notgeschäftsführung teil, letzteres auch dann nicht, wenn dem Gemeinschuldner vor Auflösung die Geschäftsführung der ARGE übertragen war⁵⁴⁰.

2.7.3 Partnerschaftliches Bauen

Vorstehende Zusammenschlüsse erfolgen entweder im Lager des Bestellers oder des Unternehmers. In der Praxis wurden weitere, lagerübergreifende Modelle entwickelt. Sie sind getragen vom Gedanken des Partnering, einem Sammelbegriff für Managementmethoden, die

- den Bauprozess durch Hebung von Synergien und Erhöhung der Effektivität verbessern sollen,
- nicht-hierarchische Kommunikationssysteme über die Grenzen traditioneller Unterteilungen in Leistungsphasen und Leistungsbilder/-bereiche hinweg installieren,
- auf verbessertes Management der Wertschöpfungskette anstelle des Einkaufs abgegrenzter Leistungspakete zielen,
- die Beziehung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer durch Kooperation verbessern sollen, „a way of putting the handshake back into doing business“⁵⁴¹.

Gleichzeitig ist Partnering aber auch eine ethische Philosophie der Projektabwicklung, partnerschaftliche und kooperative Ansätze in den Vordergrund zu stellen⁵⁴².

⁵³⁵ Gilt auch für die Innen-Gesellschaft: Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, § 728 BGB, Rn. 7, MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, BGB § 728 Rn. 33

⁵³⁶ MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, BGB § 728 Rn. 39

⁵³⁷ Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, § 728 BGB, Rn. 7

⁵³⁸ Für die Zwei-Personen-ARGE analog § 142 HGB: BGH NJW 2000, 1119, 1120

⁵³⁹ BeckOK BGB/Schöne, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 728 Rn. 13

⁵⁴⁰ Umkehrschluss aus § 728 II 2 i.V.m. § 727 II 2 BGB: MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, BGB § 728 Rn. 39, Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, § 728 BGB, Rn. 8

⁵⁴¹ Messerschmidt/Voit-Richter, Privates Baurecht, 1. Teil D II 2 bb (1), Rn. 256

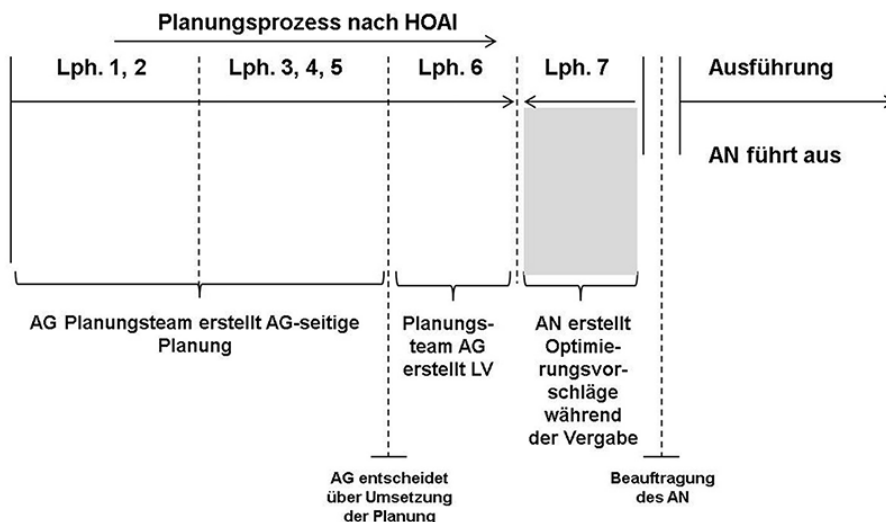
⁵⁴² Messerschmidt/Voit-Richter, a.a.O. Rn. 257.

Es ergeben sich typischerweise folgende Regelungskomplexe⁵⁴³:

| Regelungskomplexe einer Partneringvereinbarung | |
|--|---|
| Präambel | |
| 1 | Allgemeine Grundsätze des Partnering |
| 2 | Informationsverpflichtung |
| 2.1 | Umfassender Informationsaustausch/Transparenz |
| 2.2 | Information über Projektstörungen |
| 2.3 | Information über Zahlungspolitik/gläserne Taschen/Leistungsvorbehalte |
| 2.4 | Informationspolitik bei Änderungssachverhalten und Leistungsstörungen |
| 3 | Faire Behandlung der Projektbeteiligten |
| 3.1 | Schutz wechselseitiger Interessen |
| 3.2 | Korruptionsvorbeugung |
| 3.3 | Arbeitssicherheit |
| 3.4 | Verhandlungsverpflichtung |
| 3.5 | Sicherheitsbedarf |
| 3.6 | Behandlung von Nachunternehmern |
| 4 | Organisatorische Umsetzung durch Partnering-Kernteam |
| 5 | Projektinterne Konfliktschlichtung |
| 5.1 | Stufen der Konfliktschlichtung |
| 5.2 | Schiedsgutachten/Schiedsgerichte |
| 6 | Wirksamwerden/Kündigung |

International gängig ist dabei das sog. Construction Management⁵⁴⁴. Hier wird organisatorisch wie vom Rollenverständnis her ein Construction Manager für den Besteller als Projektmanager tätig⁵⁴⁵, entwickelt in der sog. Pre-Construction-Phase die Leistung organisatorisch und planerisch unter Beteiligung der in der anschließenden Construction-Phase beteiligten Unternehmer⁵⁴⁶. Die auf diesen Phasen und deren Einbeziehung des Unternehmers beruhenden ein- oder zweistufigen Modelle lassen sich grafisch so aufzeigen⁵⁴⁷:

(1) 1-Stufen-Partnering-Verfahren mit Bauunternehmen



⁵⁴³ Eschenbruch, Bauvertragsmanagement, 1. Auflage 2017, 3.4 Die 6 Strategien der Bauvertragsgestaltung, Rn. 180

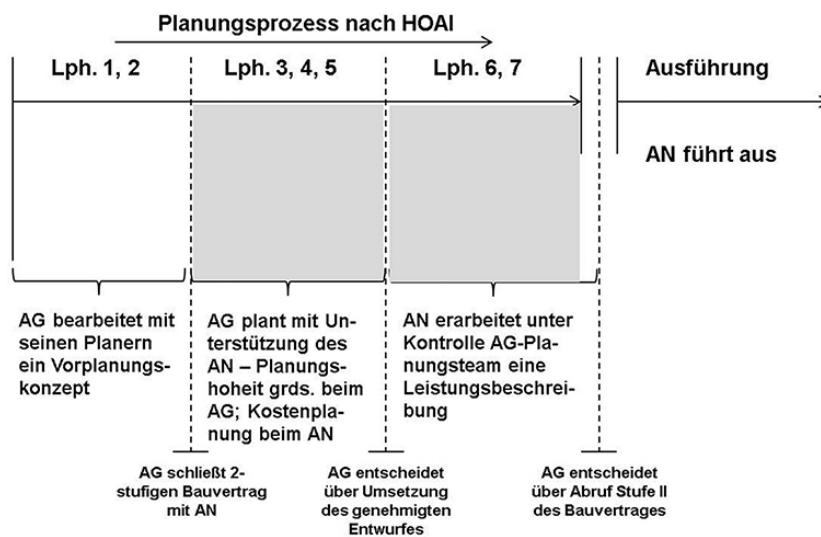
⁵⁴⁴ Messerschmidt/Voit-Richter, a.a.O. Rn. 297

⁵⁴⁵ Messerschmidt/Voit-Richter, a.a.O. Rn. 300

⁵⁴⁶ Messerschmidt/Voit-Richter, a.a.O. Rn. 298

⁵⁴⁷ Eschenbruch, Bauvertragsmanagement, 1. Auflage 2017, 3.4 Die 6 Strategien der Bauvertragsgestaltung, Rn. 202, Abbildungen 40 und 41

(2) 2-Stufen-Partnering-Verfahren mit Bauunternehmen



Bei genauer Betrachtung ändert dies an den rechtlichen Beziehungen der Beteiligten jedoch nichts. Auf dem deutschen Markt hat sich das Modell nicht durchgesetzt⁵⁴⁸.

Ähnliches gilt für das GMP-Modell (Garantierter Maximal Preis), eine Variante des Partnering. Entweder wird hier ein Generalunternehmer nicht nur mit der Projektabwicklung beauftragt, sondern auch damit, die geschuldete Leistung und Planung zu optimieren. Unabhängig von der Vergütung im Einzelnen liegt in der Vergütung der Deckel des garantierten Maximalpreises (sog. Einstufiges GMP-Modell⁵⁴⁹). Beim zweistufigen GMP-Modell wird der Generalunternehmer dagegen schon in den Prozess der Planung und Projektentwicklung zum Zweck der Prüfung, Beratung und Optimierung einbezogen⁵⁵⁰. Was allerdings stets bleibt, ist vor allem für den Unternehmer das Problem der gedeckelten Vergütung bei noch unbestimmtem oder offenem Bausoll, das ihm mehr Kosten-, Kalkulations- und Terminrisiken auferlegt⁵⁵¹.

Es hat sich nach Erfahrungen des Verfassers in der Praxis kaum durchgesetzt.

Ein anderer Weg ist die Integrierte Projekt-Abwicklung (IPA-Modell), in dem letztlich alle Projektbeteiligten eine Gemeinschaft bilden und Planung, Optimierung und Ausführung als einen gemeinschaftlichen Prozess begreifen. Die Vergütung erfolgt regelmäßig auf Selbstkostenbasis, die Gemeinkosten aller Beteiligten werden erstattet. Chancen und Risiken werden gemeinschaftlich verteilt, Verluste werden gemeinschaftlich getragen unter weitgehendem Regreßverzicht untereinander⁵⁵².

Auch das Allianz-Modell steht in dessen Nähe⁵⁵³:

Auftraggeber- und Auftragnehmerseite bilden dabei ein gemeinsames Projektteam unterhalb einer Führungsebene. Die Entscheidungen im Projekt

⁵⁴⁸ Messerschmidt/Voit-Richter, a.a.O. Rn. 299

⁵⁴⁹ Messerschmidt/Voit-Richter, Privates Baurecht 1. Teil II 2 e cc (1) Rn 278

⁵⁵⁰ Messerschmidt/Voit-Richter, Privates Baurecht 1. Teil II 2 e cc (1) Rn 279

⁵⁵¹ Messerschmidt/Voit-Richter, Privates Baurecht 1. Teil II 2 e cc (2) Rn 282

⁵⁵² Messerschmidt/Voit-Richter, a.a.O., Rn. 300a – c.

⁵⁵³ Gehele, Wronna, Der Allianzvertrag – Neue Wege kooperativer Vertragsgestaltung, BauR 2007, 2ff

werden durch ein von beiden Seiten paritätisch besetztes Lenkungsgremium auf dieser Führungsebene getroffen. Alliance-Vertrag und Projekthandbuch regeln ausführlich die fortbestehenden Weisungs- und Änderungsbefugnisse des Bauherrn. Risiken und Chancen, gemessen an zuvor beidseitig definierten Zielen, werden grundsätzlich geteilt („sharing of pain and gain“) ⁵⁵⁴. Die in der traditionellen Projektabwicklung übliche Risikoüberwälzung auf eine Vertragspartei wird durch ein gemeinsames Risikomanagement ersetzt. Als Vergütung erhält jede der Parteien, regelmäßig als Pauschale, ihren Overhead am Projekt und ihre Allgemeinen Geschäftskosten ersetzt. Der Gewinn des Projekts wird geteilt, ebenso wie ein möglicher Verlust. Gewinn und Verlust werden an den zuvor vereinbarten Zielen gemessen. Bonussysteme setzen Anreize für die rechtzeitige Fertigstellung des Projekts. Der Bauherr kann gegen Aufwendungsersatz den Vertrag jederzeit beenden.

Es findet sich in Deutschland jedoch nur vereinzelt ⁵⁵⁵. Als Gründe sieht Leupertz den erheblichen organisatorischen und monetären Mehraufwand für die Entwicklung, Implementierung und Aufrechterhaltung des Partneringsystems, den die hiesigen Marktteilnehmer traditionell scheuten. Dies hänge mit einer in vielen Jahrzehnten eingeübten, auf Partikularinteressen fixierten Vertragskultur zusammen, die zudem regelmäßig mit der - nicht unberechtigten - Sorge verknüpft werde, durch Partnering eine noch stärkere Verrechtlichung des Baugeschehens mit überkomplizierten Vertragsstrukturen und einem ungewollten Knowhow-Transfer zu generieren ⁵⁵⁶. Ähnlich sieht auch Boldt zunächst eine Veränderung in den Köpfen der Beteiligten als notwendig an, bevor sich überhaupt solch partnerschaftliche Modelle durchsetzen können ⁵⁵⁷.

Insgesamt sind die vorstehenden partnerschaftlichen Modelle nach Erfahrung des Verfassers kaum praxisrelevant.

2.7.4 Gesamtschuld bei Leistungsstörungen

Erhöht praxisrelevant sind dagegen Fälle, in denen sich die Beteiligten nicht freiwillig in einen gemeinschaftlichen oder partnerschaftlichen Zusammenschluß (siehe 2.7.2.4 und 2.7.3) begeben, sondern kraft Gesetzes im Falle von Mängeln zusammengeschlossen werden.

Nach § 421 BGB kennzeichnet eine Gesamtschuld, dass mehrere eine Leistung in der Weise schulden, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist. Als ungeschriebenes weiteres Merkmal tritt nach der Rechtsprechung das Kriterium der Gleichstufigkeit der Verpflichtungen ⁵⁵⁸ hinzu.

⁵⁵⁴ Gehle, Wronna, Der Allianzvertrag – Neue Wege kooperativer Vertragsgestaltung, BauR 2007, 2ff

⁵⁵⁵ Messerschmidt/Voit-Richter, Privates Baurecht 1. Teil II 2 bb (1) Rn. 258

⁵⁵⁶ Leupertz BauR 2016, 1546

⁵⁵⁷ Boldt, Integrierte Projektabwicklung – Ein Zukunftsmodell für öffentliche Auftraggeber?, NZBau 2019, 547, 553 a.E.

⁵⁵⁸ Ausführlich: BGH NJW 2007, 1208 Rn. 17; BGH NJW-RR 2009, 1030 Rn. 12; 2010, 1471 Rn. 12, MüKoBGB/Heinemeyer, 9. Aufl. 2022, BGB § 421 Rn. 13 mit vielfachen Nachweisen in Fn. 41

Im Baurecht wird dieses Kriterium der Gleichstufigkeit jedoch zumindest anders gelebt: Eine Gesamtschuld ist nach der Rechtsprechung auch dann gegeben,

- wenn unter großzügiger Betrachtung⁵⁵⁹ zwischen den Unternehmen eine zweckgerichtete Verbindung ihrer Werkleistungen besteht, d.h. wenn sie eine Zweckgemeinschaft im Sinne einer Erfüllungsgemeinschaft (hinsichtlich ihrer primären gleichartigen Leistungspflichten) bilden, die darauf gerichtet ist, eine „einheitliche Bauleistung“ zu erbringen⁵⁶⁰,
- oder wenn mehrere Unternehmer wegen Mängeln gewährleistungspflichtig sind, die ihre Ursache zumindest teilweise in mehreren Gewerken haben und der Sanierungserfolg nur auf eine einzige Weise herbeigeführt werden kann⁵⁶¹. Nach Auffassung des BGH sei die gleichstufige Verbundenheit der Unternehmer im Rahmen ihrer Gewährleistungspflicht zu sehen, nämlich gemeinsam und in vollem Umfang für die von ihnen mitverursachten Mängel eintreten zu müssen, sofern nur eine Sanierungsmöglichkeit in Betracht kommt. Damit schuldeten Vor- und Nachunternehmer einen einheitlichen Erfolg. Jeder hat auf seine Weise für die Beseitigung desselben Schadens einzustehen⁵⁶².
- oder wenn mehrere Unternehmer ihren Mangel beseitigen, aber sich ihre Leistungen/Nacherfüllungsleistungen überschneiden⁵⁶³.

Die Gleichstufigkeit der für die Begründung der Gesamtschuld in Betracht kommenden rechtlichen Verpflichtungen⁵⁶⁴ wandelt sich hier zu einer wirtschaftlichen und technischen Betrachtungsweise. Ist die Verursachung des einzelnen Unternehmers unklar, findet § 830 I 2 BGB entsprechende Anwendung⁵⁶⁵. Ist ein bestimmter Schaden durch mehrere gleichzeitig wirkende Umstände, etwa durch mehrere Mängel einer Sache, verursacht worden und hätte, jede dieser Ursachen für sich allein ausgereicht, um den ganzen Schaden herbeizuführen, dann sind sämtliche Umstände als rechtlich ursächlich zu behandeln, obwohl keiner von ihnen als „conditio sine qua non“ qualifiziert werden kann (sog. Doppelkausalität)⁵⁶⁶. Das gilt auch, wenn eine Ursache durch einen Planer herbeigeführt wurde⁵⁶⁷.

Damit kommt eine Gesamtschuld auch zustande, wenn

⁵⁵⁹ OLG Hamm, NJW-RR 1996, 273, OLG Düsseldorf, NJW 2016, 168, 169 Rn. 15, Werner / Pastor, Der Bauprozess, 17. Auflage 2020, 2. Das Gesamtschuldverhältnis als Voraussetzung für den Ausgleichsanspruch, Rn. 2467

⁵⁶⁰ OLG Düsseldorf a.a.O., OLG Celle BauR 2010, 1613, Schwenker, IBR 2010, 1368; OLG Hamm, BauR 1990, 643; Weise, BauR 1992, 685; Langen, BauR 2011, 381, Werner/Pastor a.a.O., Rn. 2467, MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 634 Rn. 136

⁵⁶¹ BGH NJW 2003, 2980, I 2 b, OLG Düsseldorf a.a.O. mit umfassenden Nachweisen, Werner/Pastor, a.a.O. Rn. 2467, MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 634 Rn. 136

⁵⁶² BGH BauR 2003, 1379, Anmerkung Kapellmann, IBR 2003, 468, BGH BauR 2015, 1664ff, oder Werner / Pastor, Der Bauprozess, 17. Auflage 2020, 2. Das Gesamtschuldverhältnis als Voraussetzung für den Ausgleichsanspruch, Rn. 2467,

⁵⁶³ OLG Düsseldorf BauR 2018, 1123ff

⁵⁶⁴ BGH NJW 2007, 1208, 1210 Rn. 17

⁵⁶⁵ BGH NJW 2001, 2538, 2539f, 2 b, OLG Düsseldorf NJW 2016, 168, 170 Rn. 21,

⁵⁶⁶ BGH NJW 2004, 2526, 2528, 2 a, NZBau 2013, 492 mwN, OLG Düsseldorf,

⁵⁶⁷ OLG Stuttgart, 26.10.2021, 10 U 336/20 = NZBau 2022, 212, Rn. 103, 104

- der Architekt mangelhaft plant und der Unternehmer selbst mangelhaft ausführt⁵⁶⁸ oder der Architekt einen Ausführungsmangel bei der ihm obliegenden Bauaufsicht übersieht⁵⁶⁹, selbst wenn wenn der Architekt aufgrund eines Baumangels auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird, während der Bauunternehmer wegen desselben Baumangels an sich zunächst nur nachbesserungspflichtig ist § 635 BGB und nur unter bestimmten weiteren Voraussetzungen schadensersatzpflichtig gemacht werden kann⁵⁷⁰,
- der Unternehmer den Planungsmangel des Architekten fahrlässig oder vorsätzlich nicht erkannte oder aber erkannte, und keine Bedenken geltend macht⁵⁷¹.

Nicht übersehen werden darf, dass der Architekt des Bestellers im Rahmen von dessen Koordinierungspflicht und Pflicht zur Bereitstellung tauglicher Pläne im Verhältnis zum Unternehmer als Erfüllungsgehilfe des Bestellers gilt⁵⁷². Es ist also auch eine Frage der Taktik, seine Ansprüche entsprechend aufzusetzen und zu agieren.

2.8 Bewertung des gesetzlichen Äquivalents insgesamt

Wie vorstehend herausgearbeitet, sorgt das, was im gesetzlichen Ausgangspunkt als Äquivalent anzusehen ist, bereits für erheblichen Konfliktstoff. Der Herstellungsprozess ist nicht beschrieben, es berücksichtigt nicht die Dauer der Bauprojekte und die dadurch andere persönliche Beziehung von Besteller und Unternehmer zueinander, die einzelnen Pflichten, Nebenpflichten, Obliegenheiten, Gefahren und Risikoübernahmen stehen stehen in Wechselwirkung zueinander. Die Problemlagen gewinnen noch an Komplexität, sofern faktisch mehrere beteiligt sind, die chronologisch sehr spät nämlich über einem Gewährleistungsmangel des Unternehmers zur Gesamtschuld zusammengezwungen werden können.

Am Ende steht ein sich zeitlich über die Planung, Ausführungs- und Gewährleistungszeit hinziehendes, recht konfliktträchtiges, interdependentes Äquivalenzgeflecht, dass beiden Seiten teilweise aus Notwendigkeit oder aus eigenem Vorteilsstreben eine vertragliche Modifikation gebietet, um aus dem mehr oder minder untauglichen gesetzlichen Äquivalent ein vertragliches Äquivalent zu schaffen. Es für den Bauvertrag beim gesetzlichen Äquivalent zu belassen, verbietet sich geradezu. Als Grundlage und Aufsetzpunkt des vertraglichen Verhandels ist es gleichwohl

⁵⁶⁸ Werner/Pastor a.a.O.,

⁵⁶⁹ BGHZ 43, 227, 230 f.; BGH NZBau 2007, 721 (723), Langen / Berger / Dauner-Lieb, Kommentar zum Bauvertragsrecht, 2. Auflage 2022, § 634 BGB, Rn. 57

⁵⁷⁰ Werner / Pastor, Der Bauprozess, 17. Auflage 2020, 2. Das Gesamtschuldverhältnis als Voraussetzung für den Ausgleichsanspruch, Rn. 2472, OLG Frankfurt, IBR 2011, 94, Soergel, BauR 2005, 239 ff., 242; Voit, BauR 2011, 392 ff.

⁵⁷¹ Werner / Pastor, Der Bauprozess, 17. Auflage 2020, 2. Das Gesamtschuldverhältnis als Voraussetzung für den Ausgleichsanspruch, Rn. 2475 mit vielen Nachweisen in Fn. 31

⁵⁷² Werner/Pastor a.a.O., Rn. 2922, BGH, BauR 1970, 57 = WM 1970, 354; BGH, BauR 1972, 112; OLG Köln, SFH, Nr. 9 zu § 635 BGB; Stötter, BauR 1978, 18 ff. mit weiteren Beispielen aus der Rechtsprechung

unabdingbar. Als Maßstab und wertende Botschaft sind die gesetzlichen Leitbilder ebenso notwendig und zumeist ebenso unabdingbar.

Auf dieser Basis konfigurieren die Vertragsparteien durch Überführung des gesetzlichen in das vertragliche Äquivalent automatisch ihr vertragliches Modell der Eskalation bzw. Deeskalation.

3 Vertragliche Eskalationsmodelle für den Bauvertrag nach deutschem Recht

3.1 Gesetzliches und vertragliches Äquivalent, Eskalationsfelder

Wie vorstehend aufgezeigt, taugt das gesetzliche Äquivalent nicht zur Deeskalation, eher zur Eskalation. Zu ungenügend ist dessen Ausgestaltung.

Im Bauvertrag sind deshalb die Vertragsparteien aufgefordert, das gesetzliche in ein vertragliches Äquivalent zu überführen, auf der Basis des gesetzlichen Äquivalents aufzusetzen und es fortzuentwickeln, Lücken und Unzulänglichkeiten des gesetzlichen Äquivalents durch vertragliche Lösungen zu schließen und zu ergänzen und dadurch automatisch ihre individualvertraglichen Szenarien zu Eskalation und Deeskalation zu modellieren. Oder wie es Hamann ausdrückt⁵⁷³:

„Ein guter Vertrag klärt mögliche Probleme in einem Zeitpunkt, in dem beide Seiten Interesse an einer Problemlösung haben, also vor Vertragsunterzeichnung. Wird dies sorgfältig und vollständig gemacht, hilft ein guter Vertrag, Streitigkeiten zu vermeiden. Offene Fragen werden vor Vertragsabschluss geklärt. Interessengegensätze werden ausgesprochen, gegenübergestellt, die Risiken werden vertraglich zugeordnet und geregelt. Soweit notwendig, werden Sicherheiten vereinbart. Für abzusehende Streitfragen können erfolgsversprechende, erprobte, wirtschaftlich angemessene Lösungsmöglichkeiten entwickelt und vereinbart werden. Damit hilft eine gelungene Vertragsgestaltung Streitkosten zu vermeiden, und zwar sowohl interne als auch externe Kosten. Eine wirtschaftlich erfolgreiche Vertragsabwicklung setzt eine auf die konkrete Situation zugeschnittene Vertragsgestaltung voraus.“

Dabei zeigt die Praxis anhand der tatsächlichen Vertragsgestaltungen, aber auch der tatsächlich auftretenden Probleme in der Abwicklung, dass sich diese einzelfallübergreifend zu Themenkreisen verdichten, in denen das Äquivalent unter Einschluss der Störfälle dieses Äquivalents zusammenfließt; es entstehen typische Regelungszusammenhänge und -kreise, die Eskalationsfelder. Die Betrachtung unter dem Blickwinkel dieser Eskalationsfelder ermöglicht zudem, den Abhängigkeiten, Wechselwirkungen und Verwobenheiten der Anteile der Parteien am gesetzlichen und vertraglichen Äquivalent und den faktisch-sachlichen, technischen oder sonstigen Zusammenhängen Rechnung zu tragen.

3.2 Strategieüberlegungen

Bevor man in die Modellierung des vertraglichen Äquivalents eintritt, sollte man sich darüber klar sein, dass mit Vertragsunterschrift die Dinge keinen Abschluß finden, sondern lediglich in die Vollzugs- und Umsetzungsphase übergehen. Ein sinnvoll gestalteter Vertrag kanalisiert, ordnet die gegenläufigen Interessen der Vertragsparteien so, dass mit einer aktiven Vertragsstrategie, einer offensiv verfolgten Vertragsumsetzung das Vertragsziel erreicht wird und auftretende Konflikte in konstruktive Bahnen gelenkt werden⁵⁷⁴.

⁵⁷³ Roquette/Schweiger, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Auflage 2020, A II 1 Rn. 28

⁵⁷⁴ Roquette/Schweiger a.a.O., Rn. 96

Man sollte man sich daher über seine eigene Rolle in der Verhandlung und im Werkvertrag (Besteller oder Unternehmer), über seinen Ausgangspunkt, das gesetzliche Äquivalent, über seine und fremde Interessen und Ziele, seine Markt- und Verhandlungsmacht, aber auch Durchsetzungsstärke oder auch über die generelle Herangehensweise in Verhandlung und Durchführung im Klaren sein⁵⁷⁵.

3.2.1 Kooperation, Spieltheorie⁵⁷⁶

Die Überführung des gesetzlichen in das vertragliche Äquivalent geschieht durch die Vertragsverhandlung mit dem Ziel des Vertragsabschlusses.

Dies erfordert Kooperation (wie späterhin in der Durchführung auch, siehe oben 2.3). Tatsächlich aber prägen opportunistische Verhaltensweisen und divergierende Zielsetzungen den Alltag der Projekte⁵⁷⁷.

Die Spieltheorie⁵⁷⁸, übertragen auf Bauprojekte, macht dies klar: An sich würde der Zustand des sog. Pareto-Optimums, in dem keine Partei besser gestellt werden kann, ohne dass eine andere Partei schlechter gestellt wird⁵⁷⁹, konkret also das beiderseits kooperative Verhalten, die für alle Beteiligten beste Lösung darstellen. In der Praxis ergibt sich aber, dass – gleich ob sich keine Partei, nur eine Partei oder beide Parteien kooperativ verhalten – tatsächlich jede Seite zu einer unkooperativen Verhaltensweise tendiert; das unkooperative Verhalten der Partei vermindert ihr Risiko und verbessert ihre rechtliche Position⁵⁸⁰.

Dies verstärkt die Probleme des gesetzlichen Äquivalents, weil es dessen kooperative Überführung in ein pareto-optimales, vertragliches Äquivalent erschwert oder vereitelt. Ähnlich pessimistisch äußert sich auf seiner Homepage das Harvard Negotiation Project⁵⁸¹

“There will always be conflict. In fact, many remark ruefully that conflict is a “growth industry.” Knowing how to negotiate to solve problems, make deals, build consensus, avoid violence, and manage intractable disputes is a competency that is vitally needed in the world.”

Auf dieser Grundstimmung und in dem Wissen, dass jede Vertragspartei das Recht hat, die Verhandlungen scheitern zu lassen⁵⁸² und dass Interessen in der Regel gegenläufig sind⁵⁸³, tritt man in Verhandlungen ein, gleichsam mit der Vorgabe, durch Kooperation zum Konsens, sprich dem Vertrag, zu finden und in dem Wissen, dass durch den Vertragsabschluß diese Grundstimmung nicht verdrängt, sondern latent weiter vorhanden und in der Durchführung des Vertrags präsent ist.

⁵⁷⁵ Roquette/Schweiger, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Auflage 2020, A I 1 Rn. 1

⁵⁷⁶ Schwerdtner, Kooperationspflichten der Vertragsparteien aus baubetrieblicher Sicht, Schriftenreihe des Instituts für Bauwirtschaft und Baubetrieb (2007), Heft 44, S. 19-55, Abschnitt 2.4 Erklärung üblicher Verhaltensweisen,

<https://www.tu-braunschweig.de/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=50892&token=deac1b15bdb4e88eed7fe51cf3e82403747e1eec>

⁵⁷⁷ Schwerdtner a.a.O, S. 12 und dortige Fn. 24

⁵⁷⁸ Informativ: <https://de.wikipedia.org/wiki/Spieltheorie> (zur nicht-kooperativen Spieltheorie, die eine Vereinbarung erst finden muss)

⁵⁷⁹ <https://de.wikipedia.org/wiki/Pareto-Optimum>, Schwerdtner a.a.O,

⁵⁸⁰ Schwerdtner a.a.O. S. 12 am Ende.

⁵⁸¹ Zitat von der Homepage der Harvard Law School – Negotiation Project: <https://www.pon.harvard.edu/about/>

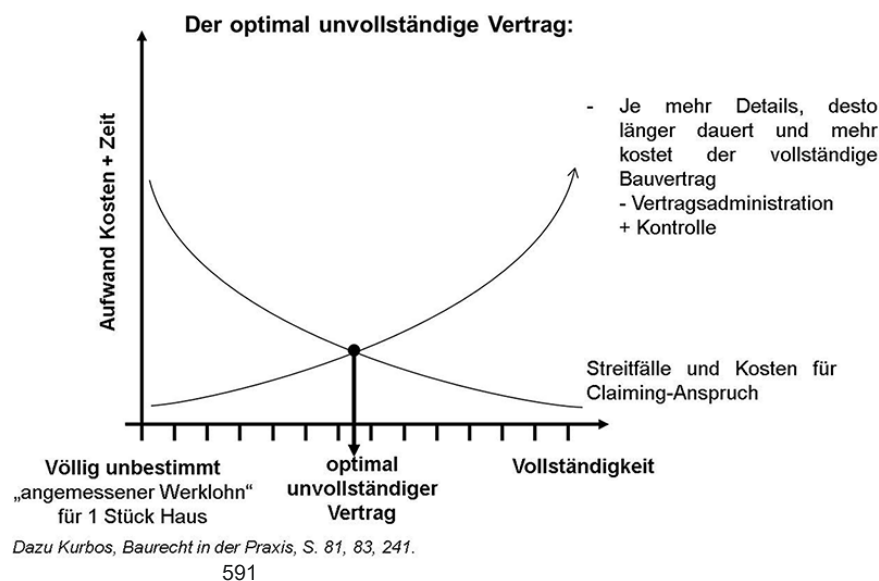
⁵⁸² BGH NJW-RR 2001, 381; BGH NJW 2013, 928; BGH NZM 2018, 295.

⁵⁸³ Roquette/Schweiger, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Auflage 2020, A I 1 Rn. 1

3.2.2 Ziele und Eckpunkte zur Überführung ins vertragliche Äquivalent

Als Ziele und Eckpunkte lassen sich zusammenfassen⁵⁸⁴:

- Der eigene Ausgangspunkt und das Ziel müssen klar sein⁵⁸⁵, wobei diese Punkte nach Auffassung des Verfassers nicht rein rechtlich, sondern umfassend zu verstehen sind: geschäftspolitisch, wirtschaftlich, kalkulatorisch, rechtlich, in der Marktposition, evtl. persönlichen Beziehungen, Konkurrenzsituation usw., d.h. letztlich in allem, was eine Entscheidung, eine vertragliche Bindung einzugehen, beeinflussen kann.
- Realistische Einschätzung der Interessen der anderen Partei⁵⁸⁶, deren Ausgangspunkte und Ziele.
- das gesetzliche Äquivalent sollte bekannt sein⁵⁸⁷, insbesondere bei den verhandelnden Personen (dies ist nach Erfahrung des Verfassers häufig genug nicht oder nur teilweise der Fall, oft leider auch getragen von der Überzeugung der Verhandler, es dennoch genau oder noch besser zu wissen)
- transparente Zuordnung und Regelung von Risiken⁵⁸⁸.
- vollständige Regelung für alle Rechte und Pflichten⁵⁸⁹, wobei dieser Zustand wegen fehlender Vorhersehbarkeit alles und jeden zukünftigen Streitstoffs tatsächlich zwar anzustreben, aber nie zu erreichen ist. Tatsächlich kann es nur zum projektspezifisch zu bestimmenden, optimal unvollständigen Vertrag kommen⁵⁹⁰



⁵⁸⁴ Auflistung nach Roquette/Schweiger, a.a.O., A I 1 Rn. 1ff

⁵⁸⁵ Roquette/Schweiger, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Auflage 2020, A I 1 Rn. 1, 4

⁵⁸⁶ Roquette/Schweiger, a.a.O. Rn. 5

⁵⁸⁷ Roquette/Schweiger, a.a.O. Rn. 1-3 und A II 3 Rn. 33

⁵⁸⁸ Roquette/Schweiger, a.a.O. A II 1, Rn. 28

⁵⁸⁹ Eschenbruch, Bauvertragsmanagement, 1. Auflage 2017, 3.4 Die 6 Strategien der Bauvertragsgestaltung, Rn. 136

⁵⁹⁰ Eschenbruch, a.a.O. Rn. 138.

⁵⁹¹ Abbildung aus Eschenbruch a.a.O. Rn. 142

- Festlegung für die Lösung für voraussichtliche, mögliche Konflikte, der Vertrag ist eines von mehreren Steuerungsinstrumenten für Projektprozesse⁵⁹²
- Vorgabe von Spielregeln für das einzelne Bauvorhaben im Zusammenspiel mit den gesetzlichen Bestimmungen.
- Erzwingbarkeit von Rechten einer Partei bei deren Verletzung durch die andere Seite..
- Für absehbare Problem sollte ein Lösungsweg durch den Vertrag vorgegeben sein, bestenfalls auch erzwingbar in angemessener Zeit zu angemessenen Kosten
- Präzise Beschreibung von Art und Umfang der vom Unternehmer zu erbringenden Leistung⁵⁹³ und auch (nach Erfahrung des Verfassers) der vertraglichen Risiken. Nach Erfahrung des Verfassers erfordert dies auch Trennschärfe: je präziser die Definition, desto genau auch die Möglichkeit zur Abgrenzung zwischen Soll und Nicht-Soll, was wiederum eindeutige Klärung in den Fällen möglicher Leistungsstörungen/-modifikationen ermöglicht (bspw. Soll-Ist-Abweichungen bei Mängeln und Modifikationen der Leistung, Pflicht und Pflichtverletzung bei Verzug bzw. Bauzeitverlängerung).
- Der Vertrag sollte Konfliktlösungsstrategien enthalten⁵⁹⁴.
- Der Vertrag sollte leicht verständlich formuliert sein, um auch nicht-juristischen Vertragsanwendern, Technikern und Kaufleuten und sonstigen Projektbeteiligten, den Zugang zu erleichtern⁵⁹⁵.
- Der Vertrag sollte fachlich korrekt und widerspruchsfrei verfasst sein, sowohl im juristischen, wie auch im technischen Sinne⁵⁹⁶.
- Der Vertrag sollte nach Erfahrung des Verfassers ein gemeinsames Verständnis vollständig formulieren, und dieses auch schriftlich niederlegen: es ist gerade in größeren Projekten, in denen Personen und Unternehmen aus mehreren Ländern aufeinandertreffen, offensichtlich, dass alle – bewußt oder unbewußt – mit einem Verständnis in die Durchführung des Vertrags gehen, das durch ihre Herkunft geprägt ist. Es ist also sicherzustellen, dass die tatsächliche Vertragslage, aber nicht deren subjektiv wahrgenommene, gefühlte Realität zur Ausführung kommt. Man sollte also auch folgendes aufnehmen und klären:
 - Vor einem common-law-Hintergrund zählt das geschriebene Wort, aber Sinn und Zweck eher weniger
 - Vor einem common-law-Hintergrund hat bspw. der Engineer eine weitaus mächtigere, bisweilen auch mißbrauchsanfällige Position als der deutsche Projekt-/Bauleiter
 - In der Mentalität ehemals napoleonisch geprägter Länder sind Leistungsverweigerungen, Kündigungen oder Zurückbehaltungsrechte ein No-Go.
 - bisweilen ist eine Mentalität anzutreffen, dass verboten sei, was der Vertrag nicht ausdrücklich erlaubt.

⁵⁹² Eschenbruch a.a.O., Rn. 157

⁵⁹³ Roquette/Schweiger, a.a.O. Rn. 10 und 11

⁵⁹⁴ Roquette/Schweiger a.a.O. Rn. 92-94

⁵⁹⁵ Eschenbruch, Bauvertragsmanagement, 1. Auflage 2017, 3.4 Die 6 Strategien der Bauvertragsgestaltung, Rn. 132

⁵⁹⁶ Roquette/Schweiger a.a.O., A II 4 e Rn. 55, 56

- die Bautradition in manchen Ländern hat ein faktisch sehr hierarchisches, bisweilen diktatorisches Verhältnis vom Besteller herab auf den Unternehmer entwickelt.
- interkulturellen Divergenzen ist Rechnung zu tragen.

Die vorstehende Auflistung verbessert als eine Art Check-Liste die Chancen, das gesetzliche Äquivalent in ein konfliktgemindert oder -armes vertragliches Äquivalent zu überführen und aus einem Eskalations- ein Deeskalationsmodell zu schaffen.

3.2.3 Verhandlungsempfehlungen, Methoden, Havard-Modell⁵⁹⁷

Die Überführung ins vertragliche Äquivalent geschieht durch die Verhandlung, die -wie das Vorstehende zeigt – keinen einfachen Ausgangspunkt haben. Für die Verhandlung empfiehlt sich:

- Die Besetzung der beiden Verhandlungsteams auf Augenhöhe⁵⁹⁸, d.h. jeder Verhandlungspartner einer Partei findet einen Verhandlungspartner der anderen Partei auf Augenhöhe, nach Erfahrung des Verfasser meist der selben Rolle und Hierarchieebene vor. Dennoch sollte der Teilnehmerkreis nur so groß wie unbedingt nötig sein⁵⁹⁹.
- Die Verhandlung selbst sollte transparent sein, sich von der Gleichbehandlung leiten lassen und partnerschaftlich geführt werden⁶⁰⁰.
- Aussagen in der Verhandlung sollten von vornherein aufrichtig und verlässlich sein⁶⁰¹.
- Die Verhandlung sollte sorgfältig und umfassend dokumentiert und protokolliert werden⁶⁰².

Maximalistische Methoden sind zu vermeiden⁶⁰³. Nach Erfahrungen des Verfassers verlagern sie lediglich kurzfristige Besserstellungen in der Verhandlung als Streitstoff in den späteren Projektablauf.

Zu bevorzugen sind sachbezogene, faire Verhandlungsstrategien⁶⁰⁴, sie zwingen in der Verhandlung zwar zu einem Mehraufwand, ersparen aber späteren und noch deutlich aufwändigeren Streit in der Durchführung.

Ein in der Praxis bewährtes⁶⁰⁵ und bis heute zu den bedeutendsten Verhandlungstechniken⁶⁰⁶ zählendes Konzept dazu ist das sog. Havard-Konzept, entwickelt 1981 von Rechtsprofessor Roger Fisher (Havard, USA) und

⁵⁹⁷ <https://de.wikipedia.org/wiki/Harvard-Konzept>, https://www.ewi-psy.fu-berlin.de/einrichtungen/arbeitsbereiche/arb-psych/media/lehre/ws0708/12672/harvard_konzept.pdf

⁵⁹⁸ Eschenbruch, Bauvertragsmanagement, 1. Auflage 2017, 5.6 Verhandlungen und Verhandlungsteams, Rn. 11

⁵⁹⁹ Eschenbruch a.a.O. Rn. 11

⁶⁰⁰ Eschenbruch a.a.O.

⁶⁰¹ Eschenbruch a.a.O.

⁶⁰² Eschenbruch a.a.O.

⁶⁰³ Eschenbruch, Bauvertragsmanagement, 1. Auflage 2017, 5.7 Verhandlungstechnik, Rn. 15

⁶⁰⁴ Eschenbruch a.a.O.

⁶⁰⁵ Eschenbruch a.a.O.

⁶⁰⁶ <https://blog.hubspot.de/sales/harvard-konzept>

dem Sozialanthropologen Dr. William Ury im Rahmen des Harvard Negotiation Project⁶⁰⁷. Es sieht das Verhandeln als Kunst und Wissenschaft zugleich:

“We believe that negotiation is an art and a science.”⁶⁰⁸

Es stellt 4 Prinzipien auf⁶⁰⁹:

1. behandle Menschen und ihre Interessen (die Sachfragen) getrennt voneinander;
2. konzentriere dich auf die Interessen der Beteiligten und nicht auf ihre Positionen;
3. entwickle Entscheidungsoptionen (Auswahlmöglichkeiten) zum beiderseitigen Vorteil; und
4. bestehe auf objektiven Beurteilungskriterien (bspw. gesetzliche Regelungen, ethische Normen etc.), bei deren Einhaltung das Ziel eine Übereinkunft ist, die folgenden Anforderungen genügt:
 - die guten Beziehungen der Parteien bleiben erhalten,
 - beide Seiten nehmen mit, was sie brauchen – oder, wenn beide das Gleiche brauchen, teilen es fair (bspw. nach dem „Einer-teilt-einer-wählt“-Prinzip) –, und
 - es wird zeiteffizient verhandelt (da nicht auf Positionen herumgeritten wird).

⁶⁰⁷ <https://www.pon.harvard.edu>, vgl. auch die Darstellung der FU Berlin https://www.ewi-psy.fu-berlin.de/einrichtungen/arbeitsbereiche/arbpsych/media/lehre/ws0708/12672/harvard_konzept.pdf

⁶⁰⁸ <https://www.pon.harvard.edu/about/>

⁶⁰⁹ <https://de.wikipedia.org/wiki/Harvard-Konzept>, Darstellung der FU Berlin, Folien 16-44, Eschenbruch a.a.O.

4 Die Schaffung des vertraglichen Äquivalents in der Betrachtung nach Eskalationsfeldern

Mithilfe der unter Abschnitt 3 genannten Überlegungen sollte man die Vertragsverhandlungen führen. Nach praktischer Erfahrung verlaufen sie regelmäßig entlang vorgelegter Entwürfe oder Muster, die ihrerseits durch ihre inhaltliche Gliederung oder Abfolge die typisierten Themenkreise, sprich die Eskalationsfelder, ansprechen.

Auf der Grundlage des Vorstehenden sollen sie betrachtet werden, geleitet von einer fairen Positionierung von Besteller und Unternehmer auf Augenhöhe und mit gleichrangigen Sachinteressen, unter der Berücksichtigung gegenläufiger und von Eigennutz, Risikominimierung, und tendenziell nicht-kooperativen Verhalten motivierter Grundhaltung. Außerdem eröffnet die Betrachtung in Eskalationsfeldern ein durch das Harvard-Modell aufgezeigtes Potential. So schlägt dieses Konzept vor:

- Entwickeln von Entscheidungsmöglichkeiten zum beiderseitigen Vorteil⁶¹⁰
- Vermehrung der Zahl der Optionen⁶¹¹
- Schaffung harter und weicher Lösungsmöglichkeiten mit unterschiedlichem Wirkungsgrad⁶¹²

Eskalationsfelder und ihre Zusammenhänge zeigen Verkettungen, Verknüpfungen und Abhängigkeiten innerhalb eines Themenkreises auf und damit unterschiedliche Stellen, seine Interessen an einer Stelle zurückzunehmen, aber an anderer Stelle verstärkt einzusetzen. Kann bspw. eine Partei den gegen sich gerichteten Anspruch nicht wegverhandeln oder dem Grunde nach begrenzen, kann sie bspw. seine Rechtsfolgen oder die Höhe des Anspruchs beschränken oder die Möglichkeiten seiner Durchsetzung erschweren.

4.1 Eskalationsfeld Streit und Kanalisierung

Wie schon vorstehend ausgeführt (vgl. 3.2.2) ist jeder geschlossene Vertrag notwendig unvollständig, weil nicht jeder Störfall, der für Streit sorgen kann, auch vorhersehbar ist. D.h. jeder Vertrag ist darauf angewiesen, zu akzeptieren, dass es in der Durchführung Streit geben wird und dass er diesen zu kanalisieren und bestmöglich zu regulieren hat. Dies geschieht dadurch, dass man ihm überhaupt formale Wege zuweist und/oder ihn inhaltlich durch Ausgestaltung einzelner Aspekte des Vertragsäquivalents klärt, fokussierend auf

- die Entstehung eines Anspruchs dem Grunde und/oder der Höhe nach,
- den Umgang mit den Folgen eines entstandenen Anspruchs,
- Form und Fristgestaltung für das Entstehen, die Durchsetzung oder den Wegfall der Durchsetzbarkeit des entstandenen Anspruchs.

⁶¹⁰ Darstellung der FU Berlin, Folie 31

⁶¹¹ Darstellung der FU Berlin, Folie 33

⁶¹² Darstellung der FU Berlin, Folie 38

4.1.1 Genereller Weg

Wie schon unter 1, insbesondere 1.10 herausgearbeitet, werden im Werkvertrag in der Regel der Erfüllungsort und der Gerichtsstands oder alternativ dazu das Schiedsgericht vereinbart. Dabei sollte man sich vor allem von folgenden Überlegungen leiten lassen:

- welche Vollstreckungsmöglichkeiten und -chancen hätte man mit einem gewonnenen Titel?
- welcher (Schieds-)Gerichtsstand erscheint dafür vorzugswürdig?
- wie technik-affin sind Erstinstanz bzw. Zweitinstanz bzw. der Spruchkörper des Schiedsgerichts?
- (bei Gerichten) hat die zugehörige Zweitinstanz eine ausgewiesenes baurechtliches Profil, das auf die Untergerichte abstrahlt?
- hat die mögliche Erstinstanz eine bekannte baurechtliche Kompetenz und ist diese eher (sofern die Erstinstanz ein Landgericht ist) bei einer allgemeinen Kammer oder der Kammer für Handelssachen angesiedelt, bzw. hat das Schiedsgericht ein entsprechendes, ggf. durch die Wahl der Schiedsrichter (siehe die jeweilige Schiedsrichterliste der Schiedsgerichtsinstitution), zu förderndes baurechtliches Profil?
- ist das Schiedsgericht oder Gericht einer Partei "geneigt"?
- Einheitliches Forum für möglichst alle Beteiligten herstellen?
- kann man den Gerichtsstand durch Wahl § 38 ZPO oder Wahl des Erfüllungsorts bzw. durch die Wahl der Örtlichkeit des Schiedsgerichts (Reisekosten, Reiseaufwand, Kosten der Rechtsvertretung am Ort usw.) für sich positiv beeinflussen?
- welches Schiedsgericht hat ein ggf. erforderliches Standing?
 - Allgemein verbreitet und nach eigener Aussage auch eine der renommiertesten Schiedsgerichtsinstitutionen der Welt⁶¹³ ist das Schiedsgericht der ICC.
 - im Baubereich kommt der ICC zu Gute, dass bspw. etliche Texte und Mustertexte die Verweisung an dieses Schiedsgericht bereits vorsehen⁶¹⁴.
 - Im Ost-West-Geschäft, bspw. auch Rußland- und Chinageschäft ist bislang das Schiedsgericht der Stockholmer Handelskammer (SCC) prominente Anlaufstelle⁶¹⁵.
 - Bei Bezügen zu den USA ist die American Arbitration Association AAA und ihr International Center for Dispute Resolution erste Anlaufstelle⁶¹⁶.
 - Wo mit Neutralität argumentiert wird, kommen insbesondere der Swiss Chamber's Court of Arbitration and Mediation (ASA), evtl. auch das

⁶¹³ <https://www.iccgermany.de/schiedsgerichtsbarkeit/schiedsgerichtsklausel/>

⁶¹⁴ Vgl. bspw. Mustertext der Fédération Internationale des Ingénieur Conseils FIDIC, Conditions of Contract for CONSTRUCTION FOR BUILDING AND ENGINEERING WORKS DESIGNED BY THE EMPLOYER (2017), Red Book, , oder FIDIC Conditions of Contract for PLANT and DESIGN-BUILD FOR ELECTRICAL & MECHANICAL PLANT, AND FOR BUILDING AND ENGINEERING WORKS, DESIGNED BY THE CONTRACTOR (2017), Yellow Book, oder FIDIC Conditions of Contract for EPC/TURNKEY PROJECTS, Silver Book, jeweils General Conditions 21.6,

⁶¹⁵ <https://www.ihk.de/rhein-neckar/international/export-import/ausfuhr-eu/vertragsbestimmungen-export/internationale-schiedsgerichtsbarkeit-und-mediation-950862>

⁶¹⁶ Wie vor, aber auch eigene Erfahrung des Verfassers

Vienna International Arbitral Center (VIAC) als Schiedsgericht der Wirtschaftskammer Österreich (auch für das Balkangeschäft) in Betracht⁶¹⁷.

- In Deutschland ist die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. etabliert.

Insgesamt eröffnen sich hier etliche Verhandlungsmöglichkeiten, die den Parteien eine Vielzahl von Optionen belassen. Objektiv-abstrakte Kriterien für eine vorzugswürdige Modellierung lassen sich kaum geben, man muss es dem Einzelfall überlassen.

Man sollte in jedem Fall aber

- den Erfüllungsort vereinbaren,
- ihn auch für den Fall der Nachbesserung vereinbaren (siehe oben 1.2.2.2)
- entweder einen Gerichtsstand oder ein Schiedsgericht vereinbaren. Sofern man ein Schiedsgericht vereinbart, sollte man die in der Regel online verfügbaren⁶¹⁸ Schiedsgerichtsklauseln der jeweiligen Schiedsgerichtsbarkeit wortwörtlich nutzen⁶¹⁹

Nach Erfahrung des Verfasser fungiert diese Ausgestaltung als letzte Rückfallebene der Parteien, wenn alle vorgelagerten vertraglichen Mechanismen gescheitert sind.

4.1.2 Individuelle Ansätze auf der Grundlage deutschen Rechts

4.1.2.1 Durch vorgelagerte Prozeduren

In vielen Verträgen werden Prozeduren zwischen den Parteien vereinbart, die ein externes Streitiges Verfahren vor Gericht oder Schiedsgericht (siehe 4.1.1) erst ermöglichen, nachdem diese Prozedur durchlaufen ist.

In FIDIC-Verträgen wird findet sich bspw. eine chronologische Staffelung⁶²⁰:

- Zunächst muss eine Vertragsabweichung stattgefunden haben, die eine Partei zu einem Claim (1.1.6) berechtigt.
- Dieser Claim muss an die andere Partei oder den Engineer adressiert werden (1.1.29 a).

⁶¹⁷ Wie vor, aber auch eigene Erfahrung des Verfassers

⁶¹⁸ Bspw. DIS <https://www.disarb.org/werkzeuge-und-tools/dis-musterklauseln#c255>,
AAA <https://www.adr.org/Clauses>,
ICC <https://www.iccgermany.de/schiedsgerichtsbarkeit/schiedsgerichtsklausel/>,
VIAC: <https://www.viac.eu/de/schiedsverfahren/schiedsordnung-musterklausel/>,
ASA: <https://www.swissarbitration.org/centre/arbitration/arbitration-clauses/>,
SCC: <https://sccarbitrationinstitute.se/en/model-clauses>

⁶¹⁹ Roquette/Schweiger-Roquette, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Auflage 2020, G II Einleitung, Musterschiedsklausel, Rn. 21

⁶²⁰ Die nachfolgenden Ziffern in Klammern beziehen sich auf die Klauseln der General Conditions aus den FIDIC Red Book 2017, Silver Book 2017 und Yellow Book 2017

- Der Claim muss im Ganzen oder teilweise zurückgewiesen werden (1.1.29 b) oder eine Antwort bleibt aus (1.1.29 am Ende).
- Die beschwerte Partei widerspricht der Zurückweisung (1.1.29 c).
- Sodann ist die Entscheidung des Dispute dem projektbegleitend⁶²¹ tätig werdenden Dispute Avoidance/Adjudication Board (DAAB) zugewiesen (1.1.22, 21)⁶²².
- Ist eine Partei mit der Entscheidung des DAAB nicht zufrieden, hat sie eine Notice of Dissatisfaction (21.4.4) zu hinterlegen.
- Daraufhin haben die Parteien einen weiteren Einigungsversuch zu unternehmen (21.5).
- Erst danach steht der Weg zum Schiedsgericht offen (21.6)⁶²³.

Die Schwächen dieses Konzepts sind offensichtlich: Das Verfahren ist eigentlich zu vielschrittig, die Komplexität kommt eher dem Gegner des streitigen Anspruchs als dem Anspruchssteller entgegen. Vor allem erschließt sich nicht recht, wieso nach einer Entscheidung des DAAB ein erneuter Einigungsversuch (ohne Fristbindung) nach 21.5 unternommen werden muss. Es mangelt zumindest in der jeweiligen Verfahrensstufe an klaren Fristenregelungen. Am Ende der Stufen besteht ein Schwebезustand. Eine Obstruktion ist möglich.

Für den Air Liquide Konzern schalten deren „General Conditions of Contract – remeasurable Air Liquide CEE-TPL-28-2-2, Rev. 3, issued 12-Apr-21“ der Regelung für Arbitration (dort Klausel 2.13.2) folgende Festlegung in 2.13.1 vor:

2.13.1.1 Subject to Sub-Clause 2.13.3 [Injunctive Relief], the Parties shall make a diligent, good faith attempt to resolve all Disputes between them related to or arising out of the Work or the Contract before either Party commences arbitration with respect to the subject matter of any Dispute. Notwithstanding, AL's right to terminate the Contract or any portion thereof is in its sole discretion and cannot be the subject of any dispute resolution process. If Project Manager and Contractor's Representatives are unable to resolve a Dispute within ten (10) days after notice of the existence of the Dispute from one Party to the other Party, either Party may, by a second notice to the other Party, submit the Dispute to home office executives of AL and Contractor (collectively, "Senior Executives"). A meeting date and location shall be established by mutual agreement of the Senior Executives. However, if the Senior Executives are unable to agree, the meeting shall take place at AL's registered address, or other location agreed between the Parties, thirty (30) days after the date of such second notice. The Senior Executives shall meet in person and shall in good faith attempt to resolve the Dispute. If for any reason the Senior Executives meeting is not held, any

⁶²¹ Roquette/Schweiger-Mahnken/Aldinger, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Auflage 2020, G IV Die Regelungen des FIDIC Red, Yellow und Silver Book 2017 zum Dispute Avoidance/Adjudication Board, Rn. 109

⁶²² Vgl FIDIC Red Book 2017, General Conditions 1.1.22, 1.1.23,

⁶²³ Eingehend: Roquette/Schweiger-Mahnken/Aldinger, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Auflage 2020, G IV Die Regelungen des FIDIC Red, Yellow und Silver Book 2017 zum Dispute Avoidance/Adjudication Board, Rn. 106-152

Party may demand arbitration as stated in Sub-Clause 2.13.2 [Arbitration].

Ein Konflikt wird hier stufenweise eskaliert:

- Erste Stufe: zwischen den Projektteams
- Zweite Stufe: Einigungsversuch zwischen Projektleiter (Project Manager) des Unternehmers und dem Vertreter (Contractor's Representative) des Bestellers
- Dritte Stufe: Einigungsversuch zwischen den Senior Executives (home office executives) beider Parteien
- Vierte Stufe: Schiedsverfahren

Zu begrüßen ist, dass in diesen Konzepten die Stufen 2 bis 4 jeweils durch ein förmliches Schreiben eingeleitet werden und Maximalfristen enthalten sind. Nachteilig ist, dass diese Regelung bestimmte Bereiche ausnimmt (hier: die Nachprüfbarkeit der Beendigung, was die Nachprüfung der Kündigungsgründe komplett der Stufenabfolge entzieht und damit auch nicht den Weg zu Schiedsgericht oder Gericht eröffnet).

In den Vertragsstandards der BASF⁶²⁴ findet sich folgende, strukturell ähnliche Regelung:

19.2: The PARTIES shall at all times use their best endeavors to settle reasonably, amicably and equitably any differences or disputes resulting from, or arising in connection with, the CONTRACT.

19.3 Any difference or dispute settled and agreed in writing between OWNER'S PROJECT MANAGER and CONTRACTOR'S PROJECT MANAGER or between the nominated Senior Executives of OWNER and CONTRACTOR shall be final and binding on both PARTIES.

19.4 Should the endeavors as per ARTICLE 19.3 not be successful, the stipulations as per ARTICLE 19.5 shall govern the further proceedings with in respect of such differences or disputes.

19.5 enthält die Schiedsgerichtsklausel.

Ein Konflikt wird auch hier stufenweise eskaliert:

- Erste Stufe: zwischen den Projektteams
- Zweite Stufe: Einigungsversuch zwischen den Projektleitern (Project Manager) oder alternativ zwischen den Senior Executives (home office executives) beider Parteien
- Dritte Stufe: Schiedsverfahren

Die Schwächen dieses BASF-Muster sind offensichtlich: die Voraussetzungen für die jeweils Folgestufe sind recht unklar (wann ist von fehlender Einigung

⁶²⁴ Standard Contract Construction Services, TERMS AND CONDITIONS, OWNER: BASF SE, hier bspw. zitiert aus dem Projektvertrag FNIC.023741, EBMI pCAM, Harjavalta Finland REV: 1, Package: MEI (Mechanical, Electrical and Instrumentation)

auszugehen?), Fristen sind nicht enthalten, klar ist nur, dass eine Schiedsklage erst danach erfolgen darf (19.4), Regelungen für den Obstruktionsfall, Nichtbefolgung oder verzögerte Befolgung fehlen. Am Ende der Stufen besteht ein Schwebezustand. Eine von einer Seite beabsichtigte Obstruktion findet hier eine breite Angriffsfläche.

Letztlich beruhen alle vorgenannten Muster und Abläufe auf einer im Rahmen der Vertragsfreiheit gestalteten Abrede, wie sie jedem Ansatz einer Alternative Dispute Resolution ADR zugrunde liegt⁶²⁵. Die Anzahl und Ausgestaltung der Stufen und deren Personenkreis ist also letztlich auch variabel und zwischen den Parteien verhandelbar.

Der Vorteil liegt sicherlich in den Vorzügen, die man allgemein der ADR zuschreibt⁶²⁶:

- man kann sie projektbegleitend einsetzen.
- sie sind schnell.
- sie schaffen eine zumindest vorläufige Verbindlichkeit.

Allerdings kann Schnelligkeit zu Lasten der Genauigkeit gehen. Die vorläufige Verbindlichkeit ist keine endgültige, eine Vollstreckbarkeit einer ADR-Entscheidung ist regelmäßig nicht gegeben⁶²⁷. Ebenso kann Projektbegleitung zu einer zu engen Involvierung mit dem Baugeschehen führen und die Gefahr der Parteilichkeit mit sich bringen. Verhandlungskritisch sind in jedem Fall die Komplexität des ADR-Verfahrens bspw. durch die Stufen sowie deren formale Anforderungen, und die Zeit, die aufzubringen ist – in und für die einzelnen Stufen, aber letztlich zwischen Entstehung des streitgegenständlichen Anspruchs und dessen finaler Entscheidung. Die Partei, die durch den streitgegenständlichen Anspruch beschwert ist, hat ein Interesse an zügiger Klärung mit für sie bestmöglichem Ergebnis. Weil umgekehrt ein solcher Anspruch die andere Partei hierdurch regelmäßig einen Nachteil erfährt oder zu erfahren droht, ist deren Interesse präventiv-gegenläufig; nämlich darauf gerichtet, auf diesen Ablauf verzögernd oder unterbindend einzuwirken.

Objektiv betrachtet, sprechen die allgemeinen Vorteile eines ADR-Verfahrens dazu, ein Stufenmodell vertraglich zu etablieren. Wenig Sinn macht es, die erste Stufe, nämlich den Streit auf Ebene der unmittelbaren Projektbeteiligten, der Baustellenteams, übermäßig zu betonen. Denn diese Baustellenteams arbeiten sowieso im Projektalltag tagtäglich miteinander und diskutieren die jeweils aktuellen Probleme, so bspw. auch in Baubesprechungen/jour fixe-Terminen. Deshalb wäre es leerer Formalismus, das, was faktisch ohnehin und regelmäßig stattfindet, nochmals in eine förmliche, meist einleitende Verfahrensstufe einzubinden. Als Einleitung erscheint es eher geboten, sich auf einen Streit/Dispute zu beziehen und diesen sehr weit, im Sinne unterschiedlicher Auffassungen zu definieren, um einer Lücke entgegenzuwirken.

⁶²⁵ Gottwald, der ADR-Vertrag, NJW 2002, 3385

⁶²⁶ Roquette/Schweiger-Mahnken/Aldinger, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Auflage 2020, G IV Die Regelungen des FIDIC Red, Yellow und Silver Book 2017 zum Dispute Avoidance/Adjudication Board, Rn. 108, 109

⁶²⁷ Roquette/Schweiger a.a.O Rn. 110, 111

Für die weiteren Stufen empfiehlt es sich,

- klar deren jeweilige Eingangsvoraussetzungen zu definieren,
- wenn der Vertrag das vorherige Durchlaufen des Stufenverfahrens als Klagevoraussetzung definiert, muss sichergestellt sein, dass auch alle für im Rahmen des Projekts entstehenden Streitigkeiten dieses Stufenverfahren eingeleitet werden kann, ansonsten würde eine Ausklammerung klageverhindernd wirken.
- nicht zuletzt aus Gründen der Beweisbarkeit die jeweilige Stufe durch einen formalen Akt einzuleiten.
- dieser formale Akt sollte einseitig herbeiführbar sein, um mögliche Obstruktionen durch die gegnerische Partei auszuschließen.
- es sollten -orientiert am Bestreben zügiger Klärung, das letztlich alle Vertragsparteien für den zukünftigen, bei Vertragsschluß noch allgemeinen und unbestimmten Streitfall im Projekt haben -Zeitlimits geschaffen werden
 - für die maximale Zeit zwischen einer Stufe und der folgenden Stufe.
 - für die minimale und die maximale Zeit innerhalb einer und für diese Stufe: die minimale Zeit soll die geordnete Einlassung ermöglichen, die maximale der Obstruktion dieser Stufe entgegenwirken.
 - die Gesamtdauer zwischen Entstehung des streitgegenständlichen Anspruchs und finalem Abschluß der letzten Stufe des Stufenverfahrens sollte bei der Vereinbarung der einzelnen Zeitlimits beachtet werden.
- Es sollten Regelungen für den Fall der Nichtwahrung einer Form oder Frist aufgenommen werden
- eine am Ende der letzten Stufe des Stufenverfahrens getroffene Entscheidung sollte zur einer bindenden Situation führen, sofern sich die Parteien ausdrücklich einigen oder eine Partei es unterläßt, nach Ablauf einer Frist eine weitere Stufe einzuleiten. Ansonsten sollten mit Blick auf das Projekt bis dahin bspw. durch ein DAAB getroffene Entscheidungen als Interimsentscheidungen bis zu einer abschließenden, bindenden Entscheidung Bestand haben, um Schwebezustände zu vermeiden und den weiteren Projektablauf nicht zu behindern.

§ 309 Nr. 14 BGB steht dem nicht entgegen - jedenfalls in dem Bereich, in dem eine solche AGB nicht einem Verbraucher gegenüber gestellt wird:

Zwar wäre eine Bestimmung unwirksam, wonach der andere Vertragsteil seine Ansprüche gegen den Verwender gerichtlich nur geltend machen darf, nachdem er eine gütliche Einigung in einem Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung versucht hat. Allerdings ist der Hintergrund der Regelung ausdrücklich der Verbraucherschutz⁶²⁸. Deswegen entfaltet § 309 Nr. 14 BGB, der wegen § 310 BGB keine unmittelbare Anwendung gegenüber Unternehmern und der öffentlichen Hand findet, auch keine Indizwirkung im Hinblick auf § 307 BGB⁶²⁹.

⁶²⁸ MüKoBGB/Wurmnest, 9. Aufl. 2022, BGB § 309 Abs. 14 Rn. 1 und 17

⁶²⁹ MüKoBGB/Wurmnest, 9. Aufl. 2022, BGB § 309 Abs. 14 Rn. 17 mwN.

4.1.2.2 BIM-Modell: konfliktreduzierende Ansätze?

Building Information Modeling bezeichnet eine kooperative Arbeitsmethodik, mit der auf der Grundlage digitaler Modelle eines Bauwerks die für seinen Lebenszyklus relevanten Informationen und Daten konsistent erfasst, verwaltet und in einer transparenten Kommunikation zwischen den Beteiligten ausgetauscht oder für die weitere Bearbeitung übergeben werden.⁶³⁰ Es ist eine Methode zur Planung, Ausführung und Bewirtschaftung von Bauvorhaben auf der Basis einer Datenbank, aus der ein virtuelles Gebäude-Modell abgeleitet werden kann⁶³¹. Nach diesem Verständnis erscheint es zunächst fraglich, das BIM-Modell als Deeskalationsmodell zu verstehen. Bei näherer Betrachtung trifft dies jedoch nicht zu.

Als Vorteile sind dem BIM-Modell zuzuschreiben⁶³²:

- Nach der Erstellung eines 3-dimensionalen Modells des Projekts, ggf. hinterlegt mit weiteren Informationen wie Bauteilkosten, einer Aufgliederung technischer Gewerke und Terminen (in der Praxis gerade vor dem Hintergrund der Bauzeit auch als 4-D-Modell angesprochen) können softwaregestützt Abwicklungsstörungen erkannt und behoben werden wie bspw. technische (Un-)Durchführbarkeiten, technische oder räumliche Kollisionen, Klärungsbedarf, Abstimmungen zwischen den Gewerken, Qualitäten, Kompatibilitäten.
- Eine direkte Einwirkung der Gewerke ist möglich; in der Regel arbeiten der Bauherr und die einzelnen Gewerke auf einer Datenplattform.
- Die Kommunikation verläuft enger verzahnt und dadurch verbessert.
- Die Datentransparenz kann verbessert werden.
- Eine präzisere Bedarfsermittlung ist qualitativ und quantitativ möglich, dadurch kann sich die Planungstiefe und der Detaillierungsgrad der Planung frühzeitig steigern, die Massenermittlung wird für Ausschreibung, Planung und Durchführung erleichtert und verbessert, ebenso die Fortschreibung von Plänen durch Leistungsmodifikationen.
- Das BIM-Modell zwingt alle Beteiligten zu engerer, prozessorientierter, von vornherein strukturierter und kollaborierender Zusammenarbeit.
- Das Änderungsmanagement kann verbessert werden.

Allerdings dürfen diese Vorteile nicht ohne damit einhergehende Probleme gesehen werden, die von den Vertragsparteien im vertraglichen Äquivalent geklärt werden:

- Änderungen der geschuldeten Leistung brauchen nach Gesetz eine Anordnung (vgl. § 650b BGB) oder Einvernehmen (vgl. § 311 I 1 2. Alt. BGB), ebenso verlangt die VOB/B Anordnungen § 1 Abs. 3 und 4, 2 Abs. 5

⁶³⁰ Eschenbruch / Leupertz, BIM und Recht, 2. Auflage 2019, I. Das Wesen von BIM, Rn. 12

⁶³¹ Eschenbruch/Grüner: BIM - Building Information Modeling, NZBau 2014, 402

⁶³² Eschenbruch / Leupertz, BIM und Recht, 2. Auflage 2019, I. Das Wesen von BIM, Rn. 11 Rn. 22 sowie II „Streitkultur und -lösung im BIM-Modell“, Rn. 271 ff, Eschenbruch/Grüner: BIM - Building Information Modeling, NZBau 2014, 402, II

VOB/B, also Willenserklärungen⁶³³ des Auftraggebers⁶³⁴ im jeweiligen Vertragsverhältnis. Erfüllt das Einstellen einer Information durch einen Projektbeteiligten dieses Erfordernis in Bezug auf das jeweilige Vertragsverhältnis?

- Wer übernimmt die Verantwortung für die Rechtzeitigkeit, Vollständigkeit, Richtigkeit, Widerspruchsfreiheit, Kompatibilität und rechtliche und sachliche Durchführbarkeit der eingestellten Information im Hinblick auf das jeweilige Vertragsverhältnis, gerade vor dem Hintergrund des gesetzlichen Äquivalents zur Gefahr- und Risikotragung sowie zu Mitwirkungshandlungen (§§ 293 ff, 642, 643 BGB)?
- Begreift man das Zusammenwirken der Beteiligten als Prozess zur Schöpfung eines Geisteswerks, der abschließend zunächst im 3 bzw 4-D-Modell und dann in der baulichen Umsetzung eine Verkörperung findet, und dass bei diesem Prozess Daten bereitgestellt, kommuniziert und verarbeitet werden, so sollten die Beteiligten⁶³⁵
 - klären, wer überhaupt die Befugnis hat, Daten in den Datenraum einzustellen und Änderungen daran vorzunehmen,
 - wer die Datenhoheit hat bzw. inwieweit Leistungsverweigerungs-/Zurückbehaltungsrechte gelten sollen⁶³⁶,
 - den Datenschutz nach DSGVO umsetzen,
 - die Urheberrechte und evtl. verwandte Rechte klären und die Nutzungs-/Verwertungsrechte und -grenzen daran. Je nach Projekt kann es zudem aufgrund der Auswertung des bereitgestellten Datenraums und der dort zusammenfließenden Daten zu Folgeerkenntnissen und -daten kommen. Auch bezüglich dieser Folgedaten sollten Rechte, Nutzungs-/Verwertungsrechte und -grenzen vereinbart werden⁶³⁷.

Vor diesem Hintergrund bietet das BIM-Modell die Chance auf Deeskalation: Was frühzeitig und kooperativ geklärt und technisch wie zeitliche kollisionsfrei organisiert und koordiniert werden kann, kann keine Grundlage für spätere Konflikte mehr liefern. Es bietet sich die Chance auf Reduzierung der Konfliktquellen.

⁶³³ Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 1 Rn. 111, BGH NZBau 2004, 207, III 2 a, Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650b, 29.4.2 II vor Rn. 154

⁶³⁴ Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 1 Rn. 113

⁶³⁵ Eschenbruch/Grüner: BIM - Building Information Modeling, NZBau 2014, 402, 407, Ziffer 5

⁶³⁶ Roquette/Schweiger-Krause, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Auflage 2020, Rn. 33-38

⁶³⁷ Roquette/Schweiger-Krause, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Auflage 2020, Rn. 40

4.1.2.3 Anstöße nach dem Vorbild Großbritanniens

4.1.2.3.1 Adjudication (Art. 108, 108a Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996⁶³⁸)

Die Übertragung der Adjudication ins deutsche Recht wird schon länger diskutiert⁶³⁹. Nach der Einführung dieses baubegleitenden Verfahrens in Großbritannien war dort die Zahl der Bauprozesse stark zurückgegangen⁶⁴⁰. Das verlockt.

Schon im Bauvertrag müssen dafür die in Art. 108 sections 2 – 4 beschriebenen Regelungen (neben den Regelungen zur Kostentragung nach Art. 108a) schriftlich getroffen und aufgenommen werden:

(2)The contract shall include provision in writing so as to —

(a)enable a party to give notice at any time of his intention to refer a dispute to adjudication;

(b)provide a timetable with the object of securing the appointment of the adjudicator and referral of the dispute to him within 7 days of such notice;

(c)require the adjudicator to reach a decision within 28 days of referral or such longer period as is agreed by the parties after the dispute has been referred;

(d)allow the adjudicator to extend the period of 28 days by up to 14 days, with the consent of the party by whom the dispute was referred;

(e)impose a duty on the adjudicator to act impartially; and

(f)enable the adjudicator to take the initiative in ascertaining the facts and the law.

(3)The contract shall provide in writing that the decision of the adjudicator is binding until the dispute is finally determined by legal proceedings, by arbitration (if the contract provides for arbitration or the parties otherwise agree to arbitration) or by agreement.

The parties may agree to accept the decision of the adjudicator as finally determining the dispute.

⁶³⁸ Generell: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/53/contents>, für die Adjudication: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/53/part/II/crossheading/adjudication>

⁶³⁹ Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher-Koebler, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, 13. Teil C 1, Rn. 118, Teubner Oberheim/Schröder: Construction adjudication in England – ein Vorbild für die baurechtliche Konfliktlösung in Deutschland? NZBau 2011, 257, I

⁶⁴⁰ Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher-Koebler a.a.O. Rn. 119, Schulze-Hagen BauR 2007, 1950, 1953 mwN.

(3A) The contract shall include provision in writing permitting the adjudicator to correct his decision so as to remove a clerical or typographical error arising by accident or omission.

(4) The contract shall also provide in writing that the adjudicator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as adjudicator unless the act or omission is in bad faith, and that any employee or agent of the adjudicator is similarly protected from liability.

Tritt ein "dispute" oder eine „difference“ auf (Art. 108 section 1), hat jede Vertragspartei das Recht, eine Adjudication nach Maßgabe der niedergelegten Regeln zu beginnen.

Was in der Praxis gerne übersehen wird, ist, dass diese Anforderung eine Eintrittsschwelle in das Verfahren der Adjudication darstellt⁶⁴¹: „No dispute“ eröffnet kein Verfahren⁶⁴². Genauer gesagt, muss es ein „Dispute“ unter einem „Construction Contract“ im Sinne von Art 104 des Act sein (Art. 108 section 1), der sich bereits herauskristallisiert haben muss, bevor der Antrag auf Adjudication gestellt wird⁶⁴³. Dazu muss die gegnerische Partei insbesondere Kenntnis und Befassungszeit gehabt und den Anspruch nicht beantwortet oder zurückgewiesen haben⁶⁴⁴:

“27. A "dispute" can only arise once the subject-matter of the claim, issue or other matter has been brought to the attention of the opposing party and that party has had an opportunity of considering and admitting, modifying or rejecting the claim or assertion.

*....
The Court of Appeal held that a rejection of a claim does not necessarily occur when the claim is submitted to the engineer or during subsequent exchanges of views in relation to that claim. A dispute only arises when the claim is rejected in clear language. An obvious refusal to consider the claim or to answer it can, however, constitute such a rejection.*

28. These cases help in showing that a claim and its submission do not necessarily constitute a dispute, that a dispute only arises when a claim has been notified and rejected, that a rejection can occur when an opposing party refuses to answer the claim and a dispute can arise when there has been a bare rejection of a claim to which there is no discernable answer in fact or in law.”

⁶⁴¹ Schulze-Hagen, BauR 2007, 1950, 1955, Harbst, SchiedsVZ 2003, 68, 70; Gould/Abel, SchiedsVZ 2005, 190, 192

⁶⁴² Lembcke, RIW (Recht der Internationalen Wirtschaft) 2006, 824, 826, Lembcke BauR 2007, 769, 770

⁶⁴³ <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2000/177.html>, England and Wales High Court (Technology and Construction Court) Decisions, 2000] EWHC Technology 177, Case number: HT-99-76, Fastrack Contractors Ltd. Vs. Morrison Construction Ltd. & Imreglio UK Ltd, Rn 20

⁶⁴⁴ England and Wales High Court (Technology and Construction Court) Decisions, 2000] EWHC Technology 177, Case number: HT-99-76, Fastrack Contractors Ltd. Vs. Morrison Construction Ltd. & Imreglio UK Ltd, Rn. 27

Das Verfahren ist für die Parteien obligatorisch, für die Bauphase oder die Phase nach Abnahme (Taking Over) bis zur Verjährung der Ansprüche⁶⁴⁵.

Bedeutsam ist die Person des Adjudicators, der zur Streitentscheidung ernannt und vereinbart ist. Als Adjudicators werden hauptsächlich so genannte Quantity Surveyors (Kostenplanungsingenieure) und Civil Engineers, aber in steigendem Maße auch Juristen berufen⁶⁴⁶. In der Praxis ist eine gewisse Affinität zur Bauabwicklung, zu Technik und einem juristischen Grundverständnis leitend gewesen. Da es sich letztlich immer um einen einzigen Adjudicator handelt, ist dessen Qualifikation, Qualität und moralische Integrität in allen vom „Dispute“ betroffenen, fachübergreifenden Facetten einschließlich Verfahrensleitung von erheblicher Bedeutung⁶⁴⁷. Es kann eine Stärke, aber auch Schwäche sein. Dies wiegt umso schwerer, als es der Act den Parteien überläßt, das Verfahren also solches zu regeln („The contract shall....“) und es sodann dem Adjudicator obliegt, das Verfahren zu gestalten, den Sachverhalt auszuermitteln und zum Recht zu finden⁶⁴⁸ – so dass es innerhalb der vorgegebenen Zeitrahmens zu einer Entscheidung kommt.

Nach Erfahrung des Verfassers war immer wieder der Versuch der Auftraggeberseite feststellbar, durch wiederkehrende Vorgabe der Person des Adjudicators in Vertragsmustern und Standard Terms and Conditions eine gewisse Geneigtheit und Gewogenheit zu erzeugen oder fortzuführen (ständige Vereinbarung sichert regelmäßiges Auskommen des Adjudicators). Weniger Aufwand wurde dagegen in die Ausformulierung der Verfahrensregeln gelegt.

Von besonderer Bedeutung ist für das Verfahren selbst ist das sehr straffe Zeitgerüst⁶⁴⁹:

Nach Art. 108 section 2 c hat eine Entscheidung nach 28 Tagen zu erfolgen. Zwar erlaubt der Act eine Verlängerung, wenn sich die Parteien, nach Anhängigkeit des Verfahrens darauf verständigen. Nach Erfahrung des Verfassers erfolgt das in der Praxis jedoch nicht, meist wird die Partei, die sich in diesem Moment in der stärkeren Position wähnt, dieser Verlängerung nicht zustimmen.

Gleiches gilt für die Verlängerung um 14 Tage auf insgesamt 42 Tage nach Art. 108 section 2 d, die ebenso Zustimmung beider Parteien nach Anhängigkeit erfordert.

Das Zeitgerüst ist letztlich sehr eng und kann überfordern⁶⁵⁰ - die Parteien und auch den Adjudicator. Es wird der Komplexität von baurechtlichen

⁶⁴⁵ Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher-Koebler, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, 13. Teil C II, Rn. 122

⁶⁴⁶ Teubner Oberheim/Schröder: Construction adjudication in England – ein Vorbild für die baurechtliche Konfliktlösung in Deutschland?, NZBau 2011, 257, 260 unter Verweis auf Kennedy/Milligan/Cattanach/McCluskey, Research analysis of the progress of adjudication based on returned questionnaires from adjudicator nominating bodies (ANB's) and from a sample of adjudicators, Report Nr. 10, Juni 2010, www.adjudication.gcal.ac.uk, S. 8, Messerschmidt/Voit-Boldt, Privates Baurecht, 4. Auflage 2022, 1. Teil, T IV 1 b

⁶⁴⁷ Schulze-Hagen, a.a.O. S 1956

⁶⁴⁸ Harbst: Adjudication - „Rough Justice“ in 28 Tagen?, SchiedsVZ 2003, 68, 70 Ziffer 3

⁶⁴⁹ Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher-Koebler, a.a.O., Rn. 121

⁶⁵⁰ Schulze-Hagen, BauR 2007, 1950, 1954

Sachverhalten nicht immer gerecht⁶⁵¹. Kritiker sprechen sogar von „rough justice“, da die Kürze der Zeit zu einem summarischen Verfahren unter Verzicht auf größere Bearbeitungstiefe führen muss⁶⁵².

Der Royal Court of Justice betonte sogar, Adjudikation als schnelles Verfahren zur einstweiligen Regelung von Streitigkeiten konzipiert sei und daher zwangsläufig Fehlentscheidungen und Ungerechtigkeiten mit sich bringe, ohne dass dies einer Vollstreckung entgegenstünde. Eine „Berichtigung“ der Entscheidung müsse in solchen Fällen dem endgültigen Verfahren vorbehalten bleiben⁶⁵³

Die Bindungswirkung einer solchen Adjudication wird in die Hände der Parteien gelegt:

Nach Art. 108 section 3 haben die Parteien zu vereinbaren, ob die Entscheidung des Adjudicators bindend oder vorläufig bindend (bis zu einer abschließenden Entscheidung durch „legal proceeding“, d.h. in der Regel Arbitration oder Litigation oder durch Vergleichsvereinbarung) ist⁶⁵⁴. Leider lässt die Adjudication eine Einbeziehung Dritter und auch die Erstreckung der Bindungswirkung einer Entscheidung im Rahmen der Adjudication offen⁶⁵⁵.

Die Idee der schnellen baubegleitenden Streitlösung besticht, und kann nicht zuletzt auf positive Erfahrungen aus Großbritannien verweisen⁶⁵⁶. Allerdings ist sie in Deutschland nicht gesetzlich geregelt⁶⁵⁷, § 650d BGB hätte die Chance auf Umsetzung geboten, ist aber verfehlt⁶⁵⁸ (siehe auch oben 1.7). Deshalb muss die baubegleitende Streitlösung auf der Basis des deutschen Rechts vertraglich vereinbart werden⁶⁵⁹.

Nutzbar machen kann man für eine solche Vereinbarung jedenfalls das Stufenmodell nach 4.1.2.1, wobei es sinnvoll erscheint, eine solche Vereinbarung vertragsübergreifend für ein Projekt zu vereinbaren und die Kosten der Vorhaltung einer solchen baubegleitenden Adjudication im Wege einer Umlagefinanzierung durch alle Beteiligten vorzunehmen.

Wichtig erscheint dem Verfasser jedenfalls:

- die zeitlichen Vorgaben müssen straff, aber nicht unmöglich sein
- es muss vorab eine Nichtbefassung oder Zurückweisung eines Anspruchs gegeben haben

⁶⁵¹ Schulze-Hagen, BauR 2007, 1950, 1955

⁶⁵² Schulze-Hagen, BauR 2007, 1950, 1957

⁶⁵³ [http://www.adjudication.co.uk/archive/view/case/247/bouygues_uk_ltd_v_dahl-jensen_uk_ltd_\[2000\]_ewca_civ_507/](http://www.adjudication.co.uk/archive/view/case/247/bouygues_uk_ltd_v_dahl-jensen_uk_ltd_[2000]_ewca_civ_507/), BOUYGUES (UK) LIMITED -v- DAHL JENSEN (UK) LIMITED, Case No: A2/2000/0181, Entscheidung vom 31.07.2000, Ziffer 29, Lembke, BauR 2007, 769

⁶⁵⁴ Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher-Koeble, a.a.O., Rn. 120, Lembke BauR 2007, 769, 770, Gould/Abel, SchiedsVZ 2005, 190, 195

⁶⁵⁵ Messerschmidt/Voit-Boldt, Privates Baurecht, 4. Auflage 2022, 1. Teil T IV 4 Rn. 120

⁶⁵⁶ Messerschmidt/Voit-Boldt, a.a.O, Rn. 92, Teubner Oberheim/Schröder: Construction adjudication in England – ein Vorbild für die baurechtliche Konfliktlösung in Deutschland?, NZBau 2011, 257, 260, Ziffer 2 „Erfolg anhand empirischer Untersuchungen“ und Ziffer 3 „enttäuschte Erwartungen“

⁶⁵⁷ Kritisch Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher-Koeble, a.a.O., Rn. 124 - 126

⁶⁵⁸ Kniffka ibrOK BauVertrR/Manteufel, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650d Rn. 1-4

⁶⁵⁹ Püstow/Meiners, Vergaberecht 2020, 281, 290, A 3 c a.E.

- eine qualifizierte Einlassung muss allen streitinvolverten Parteien möglich sein
- die Entscheidungen der Adjudication dürfen nur vorläufig verbindlich sein, um allen Beteiligten eine vertiefte Rechtsverfolgung zu ermöglichen

4.1.2.3.2 “part 36 offers” (part 36 “offers to settle”, UK Civil Procedure Rules), auch Sealed Offer oder Calderbank Offer genannt

Der englische Court of Appeal hatte in der Scheidungssache Calderbank vs. Calderbank⁶⁶⁰ Prinzipien einer vergleichsweisen Einigung etabliert, auf der dann die gesetzliche Ausgestaltung in Abschnitt 36 der britischen Civil Procedural Rules⁶⁶¹ (CPR) aufsetzte⁶⁶².

Generell ist jede Partei zu jeder Zeit eines rechtlichen Verfahrens ermächtigt, ein Vergleichsangebot zu machen. In der besonderen Ausgestaltung des Part 36 geschieht dies dadurch, dass (vgl. 36.5) eine Partei der anderen unter Klarstellung, dass das Vergleichsangebot auf der Grundlage von Part 36 erfolgt, der anderen schriftlich ein versiegeltes, vertrauliches Vergleichsangebot (sealed offer, 36.16 CPR) unterbreitet, das dem Spruchkörper erst dann zur Kenntnis gelangt, wenn nach einer Entscheidung in der Sache (judgment) die Kostenentscheidung zu fällen ist (36.16 2 CPR). Der Vergleich muss eine Bindefrist von zumindest 21 Tagen vorsehen (36.5 1 c CPR). Der Anbietende ist an seinen Vergleichsvorschlag gebunden, d.h. darf ihn nicht mehr zurückziehen oder ändern, sobald die Gegenseite angenommen hat (36.9 1 CPR). Interessant sind die Kostenfolgen daraus, wenn gemäß 36.17 1 CPR:

“a) a claimant fails to obtain a judgment more advantageous than a defendant’s Part 36 offer; or

(b) judgment against the defendant is at least as advantageous to the claimant as the proposals contained in a claimant’s Part 36 offer.”

In dem in lit a) beschriebenen Fall erlangt der Beklagte gegen den Kläger einen Anspruch auf Erstattung der Kosten und Zinsen einschließlich der erstattungsfähigen pre-trial costs berechtigt (36.17 3 CPR). D.h. er wird in den Kosten so gestellt, als hätte er gewonnen.

In dem in lit. b) beschriebenen Fall ist der Kläger in seinem Anspruch gegen den Beklagten limitiert (36.17 4 CPR): Zinsen sind bei 10% über dem Basiszins gedeckelt, Kosten auf Selbstkostenbasis nebst Zinsen bis maximal 10% über dem Basiszins, sowie einen Zuschlag für den Kläger bis zu 75.000 £ (36.17 d).

Die britische Regelung bewirkt einen gewissen Einigungsdruck auf die Parteien. Wer anbietet, sollte dies angemessen tun, um keine Ablehnung nebst

⁶⁶⁰ Jacqueline Anne Calderbank v John Thomas Calderbank [1975] ADR.L.R. 06/05, https://en.wikipedia.org/wiki/Calderbank_v_Calderbank

⁶⁶¹ <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil> zu part 36 speziell: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part36>

⁶⁶² Beck'sche Online-Formulare Prozess- Stempfle, Schönberger und Partner, 53. Edition 2022, Stand: 01.10.2022, Anmerkungen, Beck'sche Online-Formulare Prozess- Stretz/Wymen, 53. Edition 2022, Stand: 01.10.2021, Rn. 1

ungünstigerem Urteil zu riskieren, hat aber die Chance der schnellen und maßvollen Klärung. Wer nicht annimmt oder ausschlägt, sollte dies ebenfalls gut überlegen, um in den Kosten nicht wie ein Unterliegender behandelt zu werden.

Da es an einer entsprechenden gesetzlichen Umsetzung in der ZPO mangelt, werden die Parteien die Parteien allenfalls vertragliche Kostenerstattungsansprüche unter Anwendung dieses Vorbilds vereinbaren können. Deeskalationsfördernd wäre es allemal.

4.1.2.4 Durch einseitige Bestimmungs- und Wahlrechte §§ 315, 316, 262 BGB

§§ 315 ff BGB ermöglichen die Bestimmung der Leistung und der Gegenleistung (im Zweifel durch den Gläubiger der Gegenleistung § 316 BGB). Der Wert für denjenigen, der zur Bestimmung berechtigt ist, liegt darin, dass er damit ein formloses Gestaltungsrecht⁶⁶³ ausübt und eine auf diese Weise wirksam gestalteten Rechtslage auch vor einem (Schieds-)gericht kaum mehr nachprüfbar ist. Eskalation wird sozusagen an der Quelle unterbunden.

Im Rahmen der Vertragsfreiheit und je nach Interessenlage der Vertragsparteien können die Parteien den Gedanken der einseitigen Bestimmung ausweiten und modellieren, hat doch § 315 BGB einen Vertrag oder sonstiges Rechtsverhältnis mit unbestimmtem Inhalt⁶⁶⁴ oder auch Modalitäten der Leistung/Gegenleistung und die Feststellung von Anspruchsvoraussetzungen⁶⁶⁵ im Blick, der durch das einer Partei vereinbarungsgemäß eingeräumte Leistungsbestimmungsrecht ausgefüllt wird⁶⁶⁶. Vertraut sind bspw. gesetzliche Ausformungen wie die einseitige Anordnung von Modifikationen des Bausoll § 650b BGB, die freie Vertragskündigung § 648 BGB oder das Rücktrittsrecht §§ 346 ff BGB. Häufig anzutreffen sind solche Rechte aber auch Bestimmungsrechte zu Qualitäten und Komfortstandards, die häufig nicht bis ins Letzte vertraglich definiert sind⁶⁶⁷. Ebenso häufig sind auch Leistungsbestimmungsrechte, die einer Seite eine Auswahl unter mehreren Alternativen ermöglichen § 262 BGB oder die Möglichkeit schaffen, eine Leistungsverpflichtung überhaupt herbeizuführen:

Im Bauvertrag sind geläufig

- Im Leistungsverzeichnis Positionen nach Wahl einer Partei (auch Alternativpositionen genannt⁶⁶⁸)

⁶⁶³ MüKoBGB/Würdinger, 9. Aufl. 2022, BGB § 315 Rn. 44

⁶⁶⁴ BGH NJW-RR 2017, 1206 Rn. 19; BGH BeckRS 2021, 38267 Rn. 17, BeckOK BGB/Gehrlein, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 315 Rn. 3

⁶⁶⁵ BGH BeckRS 2021, 38267 Rn. 17, BeckOK BGB/Gehrlein, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 315 Rn. 3

⁶⁶⁶ BeckOK BGB/Gehrlein a.a.O.

⁶⁶⁷ Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, Teil 4 D I 2 e Rn. 120 bis 122

⁶⁶⁸ Kapellmann/Messerschmidt/Markus, 8. Aufl. 2023, VOB/A § 4 Rn. 18, Beck VOB/B/Jansen, 3. Aufl. 2013, VOB/B § 1 Abs. 1 Rn. 44-46

- Vorbehaltene Leistungen, die eine Partei, in der Regel der Besteller, nach Vertragsschluß erwirken kann (Eventualpositionen § 7 I Nr. 4 S. 1 VOB/A, Bedarfspositionen)⁶⁶⁹
- Auswahlpositionen, in den ein bei Vertragsschluß noch unbestimmtes Bausoll durch Auswahlentscheidung des Bestellers im Nachhinein konkretisiert wird (bspw. infolge von Bemusterungen)⁶⁷⁰
- Die Befugnis zur Ersetzung einer Leistung durch eine andere Leistung⁶⁷¹
- Optionsrechte
- Die Ausschreibung mit dem Zusatz „oder gleichwertig“
- Anordnungen nach § 4 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B, die zur vertragsgemäßen Ausführung der Leistungen notwendig sind, soweit das Leitungsrecht des Auftragnehmers nach § 4 II VOB/B gewahrt wird⁶⁷²

Im internationalen Bereich finden sich im Rechtsenglischen entsprechende Formulierungen, die in der Regel signalisiert werden durch Wortlaute wie „for convenience“ oder „at the sole discretion of“⁶⁷³.

Wichtig ist, dass Leistungsbestimmungsrechte, die durch allgemeine Geschäftsbedingungen eingeräumt werden, der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterliegen. Die Rechtsprechung zieht eine Grenze dort, wo ein Leistungsbestimmungsrecht die Leistung nicht mehr detailliert und präzisiert, sondern sie modifiziert⁶⁷⁴ oder wo kein triftiger Grund vorliegt, der eine so herbeigeführte Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar erscheinen läßt⁶⁷⁵. Es muss also mit notwendiger Klarheit erkennbar sein, unter welchen Ausnahmegründen bspw. von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit abgewichen werden kann⁶⁷⁶.

Ebenso kann ein Leistungsbestimmungsrecht je nach Ausgestaltung nicht nur (wie vorstehend) zu einer Leistungsmodifikation, sondern auch zu einer Leistungserweiterung führen. Dies billigt der BGH, wenn sich dieses

⁶⁶⁹ Kapellmann/Messerschmidt/Markus, 8. Aufl. 2023, VOB/A § 4 Rn. 22, Beck VOB/B/Jansen, 3. Aufl. 2013, VOB/B § 1 Abs. 1 Rn. 47-48

⁶⁷⁰ Kapellmann/Messerschmidt/Markus, 8. Aufl. 2023, VOB/A § 4 Rn. 31, 32, zu Inhalt und Grenzen vgl. bspw. BGH NJW-RR 1993, 1109 „Sonderfarben II“

⁶⁷¹ MüKoBGB/Krüger, 9. Aufl. 2022, BGB § 262 Rn. 8-10

⁶⁷² BeckOK VOB/B/Fuchs, 50. Ed. 31.7.2022, VOB/B § 4 Abs. 1 Rn. 23

⁶⁷³ So bspw. Air Liquide General Conditions of Contract – remeasurable der Air Liquide CEE-TPL-28-2-2, Rev. 3, issued 12-Apr-21“, Ziffer 1 „... shall be in its sole discretion and not subject to dispute resolution procedures or litigation“, Ziffer 1 „... which AL concludes in its sole discretion..“, 5.3.2 a “The Project Manager gives consent at its sole discretion“, Oman Royal Decree, STANDARD DOCUMENTS FOR BUILDING AND CIVIL ENGINEERING WORKS, Standard Conditions of Contract“ 48.2 “and the Engineer shall at his sole discretion“, FIDIC Red Book 2017, 1.7 “either Party may assign the whole or any part of the Contract with the prior agreement of the other Party, at the sole discretion of such other Party; and..“, 5.2.4 “..at the Employer’s sole discretion..“

⁶⁷⁴ BGH, Urt. v. 12. 1. 1994 - Aktenzeichen VIII ZR 165/92, BGHZ 124, 351, 362 m.w.N., BGH DNotZ 2006, 174, 175 f, II 2 a aa

⁶⁷⁵ BGH DNotZ 2006, 174, 175 f, II 2 a bb

⁶⁷⁶ Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher-Kniffka, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, 4. Teil D I 2 e Rn. 122

Gestaltungsrecht auch beim BGB-Werkvertragsrecht aus Treu und Glauben gem. §§ 157, 242 BGB als Vertragspflicht ergibt, seine Grenzen feststehen, unter denen der Verwender sein Recht ausüben darf und auch die Vergütungsfolgen feststehen⁶⁷⁷.

Zudem ist auf § 308 Nr. 4 BGB hinzuweisen⁶⁷⁸:

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam .. die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist;

Vor diesem Hintergrund ist insbesondere die in der Praxis beliebte Ausschreibung von vorgegebenen Ausführungen oder Produkten, erweitert um den Zusatz „oder gleichwertig“ meist nicht zu beanstanden.⁶⁷⁹

Wichtig ist außerdem, dass § 7 VOB/A den öffentlichen wie auch den privaten Auftraggeber weiter beschränkt: Das in § 7 VOB/A verankerte Ausschreibungsprogramm ist nichts anderes als das auf einer redlichen, den Auftragnehmer nicht übervorteilenden Gesinnung beruhende Ausschreibungsverhalten. Von einem solchen Verhalten darf im Grundsatz auch der Teilnehmer an einer privaten Ausschreibung ausgehen, solange sich aus der Ausschreibung nicht zweifelsfrei etwas anderes ergibt⁶⁸⁰. § 7 VOB/A ist damit Ausdruck des Rücksichtnahmegebots § 241 Abs. 2 BGB iVm. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB⁶⁸¹.

- Bei Ausschreibungen nach der VOB/A ist für die Auslegung die objektive Sicht der möglichen Bieter als Empfängerkreis maßgeblich⁶⁸². Dies wirkt sich auch auf das Verständnis des vertraglichen Rahmens und der Voraussetzungen aus, innerhalb dessen ein Leistungsbestimmungsrecht ausgeübt wird.
- Bei Ausschreibungen nach der VOB/A darf ein Bieter eine mit § 7 VOB/A konforme Ausschreibung erwarten⁶⁸³.
Danach ist die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung in gleichem Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Um eine einwandfreie Preisermittlung zu ermöglichen, sind alle sie beeinflussenden Umstände festzustellen und in den Vergabeunterlagen anzugeben. Dem Auftragnehmer darf

⁶⁷⁷ BGH NJW 1996, 1346, 1348, V 2 b mwN., Kniffka/Koebler/Jurgetleit/Sacher a.a.O.

⁶⁷⁸ MüKoBGB/Krüger, 9. Aufl. 2022, BGB § 262 Rn. 8-10

⁶⁷⁹ Dähne IBR 1996, 273

⁶⁸⁰ Kniffka/Koebler/Jurgetleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020-Kniffka, 4. Teil D I 2 h Rn. 126

⁶⁸¹ Beck VOB/C/K. Englert/di Pierro/Katzenbach, 4. Aufl. 2021, VOB/C § 18299 Rn. 15

⁶⁸² Kniffka/Koebler/Jurgetleit/Sacher-Kniffka, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, 4. Teil D I 2 g Rn. 124, OLG Köln BauR 1998, 1096,

⁶⁸³ BGH NJW 1997, 1577, 1578, II 2

kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann.

- In der Praxis bedeutsam ist Abschnitt 0 der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen DIN 18299 ff,), d.h. die Regelungen der VOB/C, auf die aus § 7 I Nr. 7 VOB/A verwiesen wird. In der Ziffer 0 der jeweiligen DIN-Regelung sind die Angaben enthalten, die zwingend aufzunehmen sind⁶⁸⁴, völlig unabhängig davon, was ein Bieter nach Auffassung der vergebenden Stelle wissen oder kennen muss⁶⁸⁵.
Fehlen diese erforderlichen Angaben, darf der Bieter davon ausgehen, dass ein solcher anzugebender Umstand nicht vorliegt⁶⁸⁶. Die Bieter dürfen sie aus dem Fehlen „nach den Erfordernissen des Einzelfalles“ notwendiger Angaben den Schluss ziehen, dass besondere Erschwernisse auch nicht bestehen⁶⁸⁷.
- Selbst wenn nach dem Wortlaut des Vertrages die nach den Erfordernissen notwendige Leistung zum vereinbarten Preis zu erbringen ist, schließt dies nach den Umständen des Falles solche Leistungen nicht ein, die nach der konkreten Sachlage völlig ungewöhnlich und von keiner Seite zu erwarten waren⁶⁸⁸.

Eine so gewonnene Auslegung, die sowohl im Vergaberecht wie auch im Vertragverhältnis §§ 133, 157 BGB identischen Grundsätzen folgt⁶⁸⁹, setzt den Rahmen, innerhalb dessen ein Leistungsbestimmungsrecht ausgeübt werden kann.

Wegen ihrer (bei wirksamer, rechtmäßiger Ausübung) rechtsgestaltenden Wirkung und der sich daraus ergebenden Verbindlichkeit unterbindet die Ausübung eines solchen Streit und Disputes. Deshalb sollten Verhandler solche vertraglichen Regelungen über die Ausübung einseitiger Wahl- und Bestimmungsrechte sehr sorgfältig prüfen und bewerten:

- Wie klar sind die Voraussetzungen für die Ausübung des Rechts geregelt?
- Wie klar sind die Rechtsfolgen der Ausübung des Rechts geregelt (technisch, wirtschaftlich, zeitlich)?
- Wie fügt sich die Ausübung technisch und zeitlich in den übrigen Projektlauf ein, welche Konsequenzen (auch wirtschaftlich) hat die Wechselwirkung mit dem laufenden Projekt, Stillstand,

⁶⁸⁴ Beck VOB/C/K. Englert/di Pierro/Katzenbach, 4. Aufl. 2021, VOB/C § 18299 Rn. 16

⁶⁸⁵ BGH NZBau 2013, 428; VOB-Stelle Niedersachsen IBR 1996, 194; 1996, 196; 1995, 100, Beck VOB/C a.a.O. Rn. 16 a.E.

⁶⁸⁶ BGH NZBau 2013, 428, 429 Rn. 16 und 21

⁶⁸⁷ Kimmich/Bach, VOB für Bauleiter, 8. Edition 2021, Stand: 15.03.2021, Rn 852

⁶⁸⁸ BGH NJW 1994, 850 II, Kniffka/Koebler/Jurjeleit/Sacher-Kniffka, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, Rn 128a

⁶⁸⁹ Kapellmann/Messerschmidt/Markus, 8. Aufl. 2023, VOB/A § 7 Rn. 19

Verzögerungen oder Rückbau infolge der Ausübung sollten vermieden werden?

- Welche Risiken gehen damit einher (technisch, wirtschaftlich, zeitlich)?
- Wem nutzt die Regelung?
- der erstrebte Vorteil sollte auch in Ansehung des gesetzlichen Äquivalents bewertet werden, einseitig nützliche Verschiebungen gegenüber dem gesetzlichen Äquivalent können Argumentationshilfen sein.

4.1.2.5 Durch Übertragung von Entscheidungs- und Bestimmungsrechten auf Dritte § 317 BGB

§ 317 BGB sieht vor, die Bestimmung einer Leistung einem Dritter zu übertragen, der zur Entscheidung nach billigem Ermessen berufen ist. Anzusprechen sind typische Gestaltungsformen, nämlich der Schiedsgutachter und der Engineer.

4.1.2.5.1 Schiedsgutachter

Die echte Wahrnehmung durch Dritte ist in der nationalen bauvertraglichen Praxis eher selten. Geläufig sind dagegen zwei verwandte Instrumente: Schiedsgutachter (§ 317 BGB unterfallend) und Schiedsrichter (§§ 1025 ff ZPO, siehe oben 1.8)⁶⁹⁰.

Schiedsgutachtern wird regelmäßig eine Vertragsergänzung im Sinne einer rechtsgestaltenden Leistungsbestimmung übertragen, aber auch die Aufgabe, einzelne Umstände klarzustellen und tatsächliche Anspruchsvoraussetzungen festzustellen⁶⁹¹, mancher bezeichnet dies als „Konfliktmanagement mit Sachverstand“⁶⁹². Er trifft materiell-rechtliche Feststellungen⁶⁹³, weshalb ZPO-Regelungen der Befangenheit nicht entsprechend anwendbar sind⁶⁹⁴.

Dies darf nicht mit einer Schiedsabrede oder Schiedsrichterabrede nach §§ 1029ff ZPO verwechselt werden. Gegenstand dieser Abrede ist die Vereinbarung eines privaten Gerichts, dass die nach § 1055 ZPO verbindliche Entscheidung herbeiführen kann, wobei das zu entscheidende Schiedsgericht konkret bestimmt, zumindest aber bestimmbar sein muss. Entscheidend kommt es für die Annahme einer Schiedsvereinbarung darauf an, ob die Parteien den Weg zu den ordentlichen Gerichten ausschließen wollten⁶⁹⁵. Das Schiedsgericht tritt an die Stelle des staatlichen Gerichts und entscheidet den Rechtsstreit rechtskräftig als solchen⁶⁹⁶.

⁶⁹⁰ MüKoBGB/Würdinger, 9. Aufl. 2022, BGB § 317 Rn. 8, OLG Brandenburg NJW-RR 2014, 405 II

⁶⁹¹ MüKoBGB/Würdinger, 9. Aufl. 2022, BGB § 317 Rn. 9

⁶⁹² MüKoBGB/Würdinger, 9. Aufl. 2022, BGB § 317 Rn. 9, Greger ZKM 2013, 43.

⁶⁹³ Kniffka/Koebler/Jurgetleit/Sacher-Koebler, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, 14. Teil B III 2 Rn. 40.

⁶⁹⁴ Kniffka/Koebler/Jurgetleit/Sacher-Koebler a.a.O., BGH VersR 1957, 122; OLG München BB 1976, 1047; Plaßmeier/Keilmann BauR 2018, 891

⁶⁹⁵ OLG Brandenburg NJW-RR 2014, 405 II

⁶⁹⁶ OLG Brandenburg a.a.O., MüKoBGB/Würdinger a.a.O., Rn. 12, BGH NJW-RR 2008, 659 (660); BGH NJW 1967, 1804; OLG München MDR 2005, 1186; OLG Hamm NZG 2001, 652 (653); BeckOK BGB/Gehrlein Rn. 11

Dagegen obliegt es dem Schiedsgutachter, lediglich Tatsachen festzustellen, ohne über die daraus folgenden rechtlichen Konsequenzen zu entscheiden⁶⁹⁷. Er nimmt keine Beweise auf, sondern macht sich selbst kundig und kommt aufgrund seiner Sachkunde zu einer eigenen Entscheidung⁶⁹⁸.

Eine solche Schiedsgutachtensvereinbarung liegt vor, wenn die Parteien entweder ausdrücklich eine solche vereinbart haben oder sofern der Vertrag eine Regelung enthält, die bei Ausbleiben einer Einigung zwischen den Parteien die Leistungspflicht einem Dritten zur Bestimmung überträgt⁶⁹⁹.

Neben dieser Schiedsgutachtensvereinbarung benötigt es flankierend noch eine Vereinbarung mit der Person oder Institution, die das Schiedsgutachten erstatten soll – für das baubegleitende Tätigwerden regelmäßig auf der Grundlage eines eigenständigen Werkvertrags⁷⁰⁰, ansonsten Werk- oder Geschäftsbesorgungsvertrags⁷⁰¹.

Eine vom Schiedsgutachter getroffene Entscheidung ist nur dann nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist (§ 319 I BGB)⁷⁰². Jene offenbare Unbilligkeit ergibt sich, im tatsächlichen (nicht zwingend im rechtlichen⁷⁰³) wenn⁷⁰⁴

- der Schiedsgutachter von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist,
- er sein Ermessen nicht ausgeübt ist,
- er die Grundsätze und Maßstäbe verletzt hat, die im Vertrag zwischen den Parteien vereinbart sind oder
- ob er bei Fehlen einer Vereinbarung den Zweck berücksichtigt hat, den die Vertragschließenden verfolgt haben.

und (sofern sich die Unbilligkeit einem Sachkundigen aufdrängt)⁷⁰⁵:

- wenn der Schiedsgutachter den Vertragsinhalt als Vorgabe des Bereichs des ihm eingeräumten Ermessens außer Acht lässt oder
- wenn er seine Bestimmung maßgeblich an einem Kriterium orientiert, das mit sachgerechter Überlegung schlechthin nichts mehr gemein hat.

⁶⁹⁷ OLG Hamm BauR 2009, 540; OLG Köln BeckRS 2013, 03937; OLG München, NJOZ 2005, 2895; Werner/Pastor, Rn. 525

⁶⁹⁸ Hök: Engineer und Dispute Adjudication Board in FIDIC-Verträgen: Entwicklung, Grundlagen und rechtliche Einordnung, ZfBR 2007, 416, 421 oben

⁶⁹⁹ Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher-Koeble, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, 14. Teil B II Rn. 31, BGH NJW 1996, 453; Koeble BauR 2007, 1115, 1117

⁷⁰⁰ Althaus/Heindl-von Behr, Der öffentliche Bauauftrag, 3. Auflage 2013, Stand: 18.09.2013, 10.4.1.2 Rn. 28, Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher-Koeble, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, 14. Teil B III 1, Rn. 39, BGH NJW 2002, 749; Koeble BauR 2007, 1115, 1118

⁷⁰¹ Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher a.a.O.

⁷⁰² eingehend: Sturmberg, Die Beweissicherung in der anwaltlichen Praxis, 17. Aktualisierung 2022, Stand: 18.06.2022, 3 C 3.3 III

⁷⁰³ OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.03.2009 - 23 U 82/08, KG IBR 2020, 213, Sturmberg a.a.O.

⁷⁰⁴ BGH NJW 1996, 453; BGH NJW 2001, 3775, OLG Düsseldorf BauR 2000, 1771; OLG Hamm BauR 2003, 1400; OLG Köln BauR 2005, 1199, Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher a.a.O. Rn. 48

⁷⁰⁵ Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher a.a.O. Rn. 49, BGH NJW 2001, 3775; OLG Düsseldorf bei BauR 2000, 1771 zur offenbaren Unbilligkeit bei einem Mängelgutachten.

- Bei Verstoß gegen Denkgesetze, Verstoß gegen naturwissenschaftliche Gesetze oder Regeln und bei schwerwiegenden Begründungsmängeln⁷⁰⁶.

In der Praxis ersetzt der Schiedsgutachter regelmäßig das selbständige Beweisverfahren §§ 485 ff BGB. Erfahrungsgemäß besteht die Schwierigkeit darin, alle technisch involvierten Beteiligten auch unter einer Schiedsgutachtervereinbarung zusammenzuführen und dann einen Bevollmächtigten zur Verhandlung mit einem Sachverständigen, auf den man sich ebenfalls zu verständigen hat, zu finden. Sind die Schwierigkeiten dieser Anbahnungsphase überwunden, sind die weiteren Schritte in der Praxis selten ein Problem.

Übersehen wird allerdings häufig eine Feinheit: zwar wird nach § 204 I Nr. 8 BGB die Verjährung gehemmt „mit dem Beginn des vereinbarten Begutachtungsverfahrens“. Dies meint aber nicht die Phase bis Abschluß der Schiedsgutachterabrede, sondern tritt erst mit der Aufforderung einer Partei, das vereinbarte Verfahren einzuleiten oder mit der Benennung oder Bestellung des gemeinsamen Sachverständigen ein⁷⁰⁷.

Eine Schiedsgutachterabrede sollte also die Phase zwischen Entstehung des zur Begutachtung zu stellenden streitigen Sachverhalts und Beginn des Begutachtungsverfahrens vorsorglich als der Hemmung unterliegende Phase (pactum de non petendo) aufgenommen werden; auch, um der Diskussion zu entgehen, ob in dieser Zeit ein Fall von Verhandeln nach § 203 BGB vorliegt⁷⁰⁸.

Übersehen wird regelmäßig auch, dass die Durchführung der Schiedsbegutachten hinsichtlich des Verfahrensablaufs, der Informationsbeschaffung und -verarbeitung sowie der gesamte zeitliche Ablauf dem Gutachter überlassen wird, wo im gerichtlichen selbständigen Beweisverfahren §§ 485ff ZPO das Gericht auf den Sachverständigen einwirken und die Einhaltung der ZPO-Regeln einfordern kann. Es ist also bedenkenswert, in die Abrede mit dem Schiedsgutachter Verfahrensregeln mitaufzunehmen.

Darüberhinaus sollte im Idealfall schon durch die Abrede sichergestellt sein, dass auch die Beteiligten die ihnen obliegenden Mitwirkungshandlungen (bspw. Offenlegung von Informationen, Zugangsmöglichkeiten, Beistellung von Geräte etc.) vornehmen⁷⁰⁹ und Verstoßfälle sanktioniert werden können.

So gestaltet macht eine Schiedsgutachtervereinbarung auch in Werkverträgen Sinn und wirkt vor allem baubegleitend beschleunigend und

⁷⁰⁶ Sturmberg, Die Beweissicherung in der anwaltlichen Praxis, 17. Aktualisierung 2022, Stand: 18.06.2022, 3 C 3.3 III

⁷⁰⁷ Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher a.a.O., 14. Teil, IV 3 Rn. 56, MüKoBGB/Grothe, 9. Aufl. 2021, BGB § 204 Rn. 53

⁷⁰⁸ Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher a.a.O., 14. Teil, IV 3 Rn. 56, MüKoBGB/Grothe § 204 Rn. 49.

⁷⁰⁹ Sturmberg, Die Beweissicherung in der anwaltlichen Praxis, 17. Aktualisierung 2022, Stand: 18.06.2022, 3 C IV 3.4.3 a.E.

zünftig deeskalierend. Es ist empfehlenswert, dies als Stufe in das Stufenverfahren (siehe oben 4.1.2.1) mit aufzunehmen.

4.1.2.5.2 Das Modell des Engineers

Im anglikanischen Rechtskreis beschreiben viele Vertragsmuster und Standardbedingungen (bspw. die Conditions of Contract der britischen Institution of Civil Engineers ICE Conditions)⁷¹⁰ den Engineer eine Art erster Instanz über Meinungsverschiedenheiten⁷¹¹ und Experten mit Entscheidungskompetenz⁷¹² oder auch „impartial certifier and valuer“⁷¹³. International gebräuchliche Standards wie bspw. die FIDIC-Regelungen übernehmen dies. Red und Yellow Book 2017 sehen vor, dass der Engineer – ohne selbst Vertragspartei zu sein – eigene Rechte und Pflichten nach dem Vertrag erwirbt. Im FIDIC Silver Book 2017 wird der Begriff des Engineers durch die Bezeichnung „Employer’s representative“ ersetzt (vergleiche insbesondere 3.1, 3.2, 3.5 und 3.7 Silver Book).

Die Rolle des Engineers ist schon rechtlich nicht unproblematisch:

- Er wird vom Besteller ernannt (1.1.35⁷¹⁴, 1.1.30 Silver Book).
- Als automatisch geltende Bestimmung (implied term) des Common law hat der Engineer fair, ausgewogen und unparteiisch zu handeln⁷¹⁵, zudem logisch und begründet⁷¹⁶.
- Er gilt als fachkundiger Vertreter des Auftraggebers (3.2: the Engineer shall act as a skilled professional⁷¹⁷ and shall be deemed to act for the Employer⁷¹⁸.“).

Gleichzeitig aber soll er sich neutral zwischen den Parteien verhalten und faire Entscheidungen treffen (3.7⁷¹⁹: *When carrying out his/her duties under this Sub-Clause, the Engineer shall act neutrally between the Parties and shall not be deemed to act for the Employer.*

⁷¹⁰ https://www.designingbuildings.co.uk/wiki/ICE_Conditions_of_Contract

⁷¹¹ Lembke IBR 2006, 1552, https://www.designingbuildings.co.uk/wiki/ICE_Conditions_of_Contract : “Engineer’s decision as the first stage of dispute resolution.”

⁷¹² Scheldebouw BV v St. James Homes (Grosvenor Dock) Ltd (2006) EWHC 89 (TCC) (16.01.2006), (Engl.) HGRCA 1996, Hök IBR 2006, 544

⁷¹³ https://www.designingbuildings.co.uk/wiki/ICE_Conditions_of_Contract

⁷¹⁴ Die Verweise beziehen sich auf die Ziffern des FIDIC Red Book 2017 und des Yellow Book 2017, Standard Conditions, Abweichungen des Silver Book 2017 in den Fußnoten

⁷¹⁵ Hök: Engineer und Dispute Adjudication Board in FIDIC-Verträgen: Entwicklung, Grundlagen und rechtliche Einordnung, ZfBR 2007, 416, 417 I unter Verweis auf Sutcliffe v. Thackrah (1974) A.C. 727; Scheldebouw BV v St. James Homes (Grosvenor Dock) Ltd (2006) EWHC 89 (TCC) (16 January 2006); Kane Constructions Pty Ltd v Cole Sopov and Ors (2005) VSC 237; Perini Corporation v. Commonwealth of Australia (1969) 2 NSW 530; Parry/Johnston, Scottish Engineering Contracts, 35; Uff, Construction Law, 255

⁷¹⁶ Hök a.a.O.,

⁷¹⁷ So auch 3.1. c FIDIC Silver Book 2017

⁷¹⁸ So auch 3.1 Satz 1 FIDIC Silver Book 2017

⁷¹⁹ So auch 3.5 FIDIC Silver Book 2017

Und 3.7.2⁷²⁰:

The Engineer shall make a fair determination of the matter or Claim, in accordance with the Contract, taking due regard of all relevant circumstances.

Dieser Widerspruch in sich ist problematisch⁷²¹ und eigentlich unauflösbar. Zu recht wird dieses Konstrukt kritisiert⁷²².

Die Installation des Dispute Avoidance/Adjudication Board (DAAB) in den FIDIC sollte ihn zumindest insoweit auflösen, als man die Streitbeilegungsfunktion dem Engineer nehmen und auf die DAAB übertragen hat⁷²³. An seiner Eingangskompetenz hat sich jedoch nichts geändert – aber damit hat sich auch nichts an seiner faktischen Positionierung im Projekt geändert.

- Nach 3.1 hat er alle Aufgaben zu übernehmen, die ihm durch den Werkvertrag auferlegt sind („...*who shall carry out the duties assigned to the Engineer in the Contract.*“).

Berücksichtigt man, dass die FIDIC General Terms dispositive Muster sind, die durch die vorrangigen Particular Conditions⁷²⁴ geändert werden können, kann sich dieser Pflichtenkreis je nach Ausgestaltung im Einzelfall erheblich modifizieren.

- Die Grenze seines vertraglichen Handelns umschreibt 3.2 wie folgt:

The Engineer shall have no authority to amend the Contract or, except as otherwise stated in these Conditions, to relieve either Party of any duty, obligation or responsibility under or in connection with the Contract.

In der Praxis hängt dies sehr davon ab, wie nah der Auftraggeber am Projekt ist und wie sehr er den Engineer gegenüber welchem Unternehmer gewähren lässt.

Zudem kommt dem Engineer faktische eine sehr bedeutsame Position für das Projekt zu:

- Er kann die Zustimmung für vertraglich erforderliche „consents“ erteilen (1.2 g⁷²⁵)

⁷²⁰ So auch 3.5.2 FIDIC Silver Book 2017

⁷²¹ Roquette/Schweiger- Ritter/Schätzlein, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Auflage 2020, E II 6 d Rn. 118 und 119

⁷²² Hök a.a.O. unter Verweis auf Uff, Construction Law, 257; Glavinis, Contrat international de construction, Rn. 569; Bunni, FIDIC Forms of Contract, 182; Huse, Understanding and Negotiating Turn Key Contracts, Rn. 24-04, Roquette/Schweiger-Ritter/Schätzlein a.a.O. Rn. 119

⁷²³ Roquette/Schweiger-Ritter/Schätzlein a.a.O. Rn. 119, Hök a.a.O. S. 419 oben

⁷²⁴ Vgl. die Geltungsvorrangregelung in 1.5 General Conditions Red/Yellow/Silver Book 2017

⁷²⁵ Die Verweise beziehen sich nur auf die Ziffern des FIDIC Red Book 2017 und des Yellow Book 2017, Standard Conditions

- Er gibt die Interim Payment Certificates (1.1.45, 14.6) und das Final Payment Certificate frei (1.1.40, 14.3) und schafft damit die Voraussetzung für Grund und Höhe der Abrechnung, mit der der Unternehmer die jeweilige Zahlung erlangt.
- Er gibt die vom Unternehmer übergebenen Dokumente frei. Erst nach deren Freigabe dürfen sie für die Leistungserbringung eingesetzt werden (1.1.55).
- Er legt „erstinstanzlich“ Entscheidungen fest (3.7).
- Er kann jederzeit Anordnungen (instructions) erteilen (3.5).
- Er muss die Terminplanung des Unternehmers freigeben (1.1.66 Red Book/1.1.67 Yellow Book bzw. , 8.3).
- Er hat das Recht, über „Submissions“ des Unternehmers und deren Vertragskonformität oder Abweichung zu entscheiden (1.1.70 Red Book/1.1.71 Yellow Book).
- Er klärt den Erfüllungsumfang durch Erteilung von Performance Certificates (11.9).
- Er erklärt die Abnahme (Taking Over Certificate 1.1.79 Red Book/1.1.81 Yellow Book, 10).
- Er ist eine Zentralfigur der Projektkommunikation (Notices 1.3).
- Er ordnet an oder stellt klar, falls sich in den Vertragsunterlagen Unklarheiten und Abweichungen ergeben (1.5 a.E.).
- Er selbst kann Behinderungen und Bedenken gegen fehlerhafte Dokumente erheben (1.8).

um nur einige wesentliche Punkte zu nennen.

Er steuert, lenkt und kanalisiert. Seine Gunst oder Mißgunst kann das Schicksal von Vergütungsfragen, Mängeln, Maßnahmen der Sicherheit und Gesundheit etc. erheblich beeinflussen. Seine Gewogenheit ist für manchen Unternehmer sehr wichtig. Dies macht in der Praxis die Situation und das Zusammenwirken mißbrauchsanfällig. Deshalb überrascht es nicht, dass bspw. die FIDIC Vertragsmuster die finale Klärung, die in älteren Vertragsmustern alleine beim Engineer angesiedelt war, nun dem DAAB Board zugeordnet und die Machtposition des Engineers deshalb verkleinert und beschränkt haben.

Angesichts des Vorstehenden ist eine Übertragung des Engineer-Modells in einen Vertrag nach deutschem Recht nicht angebracht. Dies gilt umsomehr, als wegen des dann geltenden Maßstabs §§ 317, 319 BGB die Maßnahmen des Engineers nur noch auf offensichtliche Unbilligkeit (siehe oben 4.1.2.4.1) geprüft werden könnte.

Zudem besteht die Not nicht:

- Rein bauleitende Tätigkeiten übertragen Bauherren ihren Erfüllungsgehilfen (bspw. interne Fachleute, externe Projektsteuerer, Fachingenieure, Architekten).
- Sicherheit und Gesundheit hat der Auftraggeber nach der Baustellenverordnung (vgl. dort insbesondere § 3) selbst wahrzunehmen und kann sie teilweise delegieren.

- Die technisch klärende Funktion können Schiedsgutachter oder das selbständige Beweisverfahren ggf. im Zusammenspiel mit einem Stufenverfahren erreichen.
- Vertragliche Streitpunkte können ein Stufenverfahren, (baubegleitende) Schiedsgerichte und (einstweilige) (schieds-)gerichtliche Verfahren klären.

4.1.2.6 Durch Einflussnahme auf den Bestand von Rechten

(De-)Eskalation kann man vertraglich auch dadurch erreichen, dass man klärend auf den Bestand von Rechten einwirkt. Dies kann sowohl die Entstehung eines Rechts als auch dessen Entfall, als auch dessen Durchsetzbarkeit betreffen.

4.1.2.6.1 Allgemeine Überlegungen aus den chronologischen Stadien eines Anspruchs, Gegenrechte

Chronologisch gestaffelt entsteht ein Anspruch zunächst im vertragsrechtlichen Sinne⁷²⁶. Auf diese vertragsrechtliche Entstehung kann man einwirken.

Zur Fälligkeit sei auf ein gesetzliches Beispiel verwiesen. Der Vergleich zwischen dem Werkvertrag und seinem Sonderfall „Bauvertrag“ gibt dazu den Gedankenanstoß: Wo die Fälligkeit des Werklohns allgemein nur an die Abnahme gekoppelt ist § 641 BGB, kommt als Fälligkeitsvoraussetzung im Bauvertrag noch die prüffähige Schlußrechnung hinzu § 650g IV 1 Nr. 2 BGB⁷²⁷.

Wie § 286 BGB zeigt, schließt sich an die Phase der Fälligkeit die Phase des Verzugs an. Gerade wegen vieler verzugsbedingter Rechtsfolgen wie Kündigung oder Schadenersatz liegt hier ein Ansatzpunkt der Einwirkung.

Schließlich läuft die Verjährungsfrist ab und die Einrede der Verjährung kann erhoben werden (§ 214 BGB). Auch hierauf kann eingewirkt werden, wie bspw. das Gesetz in § 212 BGB (Neubeginn) zeigt.

Die Verjährung beginnt sodann, wie § 199 BGB zeigt, mit verjährungsrechtlicher Entstehung des Anspruchs; d.h. in dem Moment, in dem er erstmals geltend gemacht und notfalls im Wege der Klage durchgesetzt werden kann⁷²⁸. Regelmäßig ist dies der Zeitpunkt der Fälligkeit⁷²⁹. Auch hierauf kann man einwirken, wie sich schon gesetzlich in § 199 BGB zeigt, wo unterschiedliche Sachverhalte und Umstände zu unterschiedlichen Beginnterminen führen können.

⁷²⁶ Messerschmidt/Voit-Moufang/Koos, Privates Baurecht, 4. Auflage 2022, 1. Teil O I 2 a Rn. 6

⁷²⁷ Messerschmidt/Voit-Moufang/Koos, Privates Baurecht, 4. Auflage 2022, 1. Teil O I 2 b aa bbb Rn. 32

⁷²⁸ MüKoBGB/Grothe, 9. Aufl. 2021, BGB § 199 Rn. 4, RGZ 83, 354, 356; BGH NJW 1971, 979; BGH NJW-RR 2000, 647, 648; BGH BeckRS 2010, 25403; BeckOK BGB/Henrich Rn. 4.

⁷²⁹ BGH NJW 1970, 938; BGH NJW 1978, 39; BGHZ 113, 188, 193; BGH ZIP 2001, 611, 613; BGH NJW 2015, 1818, 1819; BGH NJOZ 2018, 496, 497; Pohlmann Jura 2005, 1 (3); BeckOK BGB/Henrich Rn. 4, MüKo BGB/Grothe a.a.O.

Ebenso zeigt das Gesetz mit seinen Vorschriften zu Hemmung und Unterbrechung, dass auch auf den Lauf der Fristen in den jeweiligen Phasen eingewirkt werden kann.

In der Praxis finden sich vertragliche Versuche an allen vorgenannten Ansatzpunkten, das vertragliche Äquivalent vom gesetzlichen Äquivalent wegzubewegen – zwar mit streitlimitierendem und daher deeskalierendem Effekt, aber erkaufte durch die (abweichend von Gesetz) Mehrung der Vorteile der einen und Minderung der Vorteile der anderen Partei – ein Quell der streitfördernden Unzufriedenheit und Frustration.

4.1.2.6.2 Individualvereinbarungen, Allgemeine Geschäftsbedingungen §§ 305ff BGB, Privilegierung der VOB/B

Wie bekannt zieht das Zivilrecht allgemein Grenzen durch die §§ 134, 138 und 242 BGB. Eine Verletzung dieser Grenzen, auch durch Individualvereinbarung, führt zur Nichtigkeit dieser Regelung. Allerdings lässt die Praxis erkennen, dass diese Grenzverletzung kaum auftritt.

In der Judikatur lassen sich finden lediglich zu § 134 BGB: Schwarzarbeitsfälle⁷³⁰ bzw. die „ohne-Rechnung-Abrede“⁷³¹

zu § 138 BGB: Preiswucher durch überhöhte Abrechnung⁷³² oder Preisbildung⁷³³

Gerade für die Fälle der sittenwidrigen Preisbildung lässt aufgrund der Erföhrung des § 650c BGB und der Angleichung⁷³⁴ zur Preisbildung nach §§ 2 Abs. 3, 5, 6 VOB/B an § 650c BGB⁷³⁵ nach neuer Rechtsprechung auf eine weitere Reduzierung des Fallaufkommens hoffen. Gerade die Fälle, in denen durch zu niedrigen Ansatz vereinbarter Mengen- und Massenansätze und/oder durch optimierte Preise für Leistungen (jeweils im Bausoll) infolge einer späteren Leistungsmodifikation die Wuchergrenze überschritten wird (bspw. bei 22 % Erhöhung des Gesamtpreises und zugleich 12-facher Überschreitung der ortsüblichen Vergütung § 632 II BGB⁷³⁶), lassen sich kaum noch erwarten: Grundlage für die Mehr-

⁷³⁰ BGH NJW 2017, 1808, 1809, BeckOK BGB/Wendtland, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 134 Rn. 29

⁷³¹ BGH Urt. v. 1. 8. 2013 – VII ZR 6/13; BGH Urt. v. 10. 4. 2014 – VII ZR 241/13, BauR 2014, 1141, OLG Hamm NZW-RR 2018, 273

⁷³² BGH(St) Betrug und Wucher durch Erstellung einer überhöhten Handwerkerrechnung – Schlüsseldienst, NSTZ-RR 2020, 213,

⁷³³ BGH NJW 2013, 1953 Rn. 19 f.: Sittenverstoß bejaht für zwölfwache Übersteigerung des üblichen Werklohns und 22-prozentige Steigerung der Gesamtauftragssumme, m. Anm. Bergmann-Streyll IBR 2013, 331; Jenssen IBR 2013, 329; Lederer jurisPR-PrivBauR 8/2013 Anm. 2, MüKoBGB/Armbrüster, 9. Aufl. 2021, BGB § 138 Rn. 244, OLG Hamm NZBau 2013, 373

⁷³⁴ BeckOK VOB/B/Kandel, 50. Ed. 31.10.2022, VOB/B § 2 Abs. 5 Rn. 80, Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, 23. Aktualisierung 2021, 650c Rn. 25/3

⁷³⁵ Zur Berechnung: KG Berlin ZfBR 2018, 670ff und KG Urteil vom 27.08.2019, AZ 21 U 160/18 = BeckRS 2019, 19940, BGH NJW 2020, 468ff, BGH BauR 2019, 1766

⁷³⁶ BGH NJW 2013, 1953 Rn. 19 f.:

/Minderkosten sind keine kalkulatorischen Preise und Ansätze mehr, sondern die tatsächlich erforderlichen Selbstkosten⁷³⁷ auf Nachweis⁷³⁸.

Weitaus praxis relevanter ist der Bereich, in denen Einfluss durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) genommen wird. Nach der Legaldefinition des § 305 I 1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt.

Für den hier interessierenden bauvertraglichen Bereich ist zu beachten, dass in Werkverträgen, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen gestellt werden, die §§ 305 II und III, 308 Nummer 1, 2 bis 9 und 309 BGB nicht zur Anwendung kommen (§ 310 Abs. 1 BGB), sondern nur § 307 BGB, die Grundnorm⁷³⁹. Von den zum AGB-Recht veröffentlichten Entscheidungen betreffen mehr als zwei Drittel den Kreis des § 307 BGB⁷⁴⁰.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass die §§ 308 und 309 BGB im unternehmerischen Bereich von vornherein inhaltlich bedeutungslos wären. Denn letztlich werden diese Paragraphen als Konkretisierungen des § 307 BGB verstanden, so dass auf die in §§ 308, 309 BGB enthaltenen Wertungen zugegriffen werden kann⁷⁴¹, gepaart mit der anschließenden Prüfung, ob sich aus der Unternehmereigenschaft etwas anderes ergibt.⁷⁴² Letzteres geschieht allenfalls ausnahmsweise⁷⁴³.

Für die im bauvertraglichen Bereich praxisrelevanteste und bekannteste AGB, nämlich die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleitungen Teil B (VOB/B), gilt sogar eine Privilegierung: ist sie in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung im Ganzen und ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen, erfolgt keine Inhaltskontrolle der einzelnen Bestimmungen der VOB/B (§ 310 I 3 BGB)⁷⁴⁴.

Allerdings wird diese Privilegierung in der Praxis sehr schnell obsolet, die Bedeutung marginal⁷⁴⁵. Denn jede vertragliche Vereinbarung, die zu Lasten des Vertragspartners des Verwenders von der VOB/B abweicht, führt unabhängig von der Bedeutung und Intensität des Eingriffs dazu, dass die VOB/B nicht mehr als Ganzes vereinbart ist⁷⁴⁶.

⁷³⁷ BGH BauR 2019, 1766 Rn. 29 und 36, BGH NJW 2020, 468, Rn. 22

⁷³⁸ BT-Drucksache 18/8486 S. 56, KG Berlin BeckRS 2018, 14856 Rn. 45,

⁷³⁹ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Wie funktioniert die Inhaltskontrolle?, Rn. 36

⁷⁴⁰ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Wie funktioniert die Inhaltskontrolle?, Rn. 36

⁷⁴¹ BGH NJW 1984, 1750

⁷⁴² Markus/Kapellmann/Pioch, a.a.O. O. Rn. 38

⁷⁴³ Markus/Kapellmann/Pioch a.a.O., Rn. 38 a.E.

⁷⁴⁴ Messerschmidt/Voit-Thode, Privates Baurecht, 4. Auflage 2022, 1. Teil, F VI 1 Rn. 55

⁷⁴⁵ Messerschmidt/Voit-Thode, a.a.O.

⁷⁴⁶ Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen VOB/B Einl. Rn. 77 109; MüKoBGB/Wurmnest § 307 Rn. 156; Beck VOB/B/Sacher Einl. Rn. 144 ff.

Fehlt es an einer vollständigen Einbeziehung der VOB/B unterliegt dagegen jede Einzelklausel der Inhaltskontrolle, wobei derjenige, der das Einbeziehungsverlangen zuerst gestellt hat, als Verwender gilt⁷⁴⁷ und sich dann nach § 242 möglicherweise nicht auf deren Unwirksamkeit berufen kann⁷⁴⁸.

Bereits an dieser Stelle versuchen in der Regel Besteller, ihre Interessen zu optimieren:

Tatsächlich verlangt das Gesetz, dass AGB gestellt werden und nicht (im Sinne einer Individualvereinbarung) im die streitgegenständliche Klausel⁷⁴⁹ einzelnen verhandelt wurden (§ 305 I 3 BGB) oder dass der Verwender den „gesetzesfremden“ Kerngehalt der betroffenen Klausel ernsthaft zur Disposition stellt und der Verwendergegenseite Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt ernsthaft zur Disposition gestellt worden waren⁷⁵⁰.

Dieses Aushandeln im vorgenannten Sinne wird in der Praxis häufig dadurch ersetzt, dass der Vertrag Regelungen enthält, in denen dieses Aushandeln oder die individuelle Durchsprache bestätigt werden. Geschieht dies in Form einer AGB sind diese Klauseln unwirksam oder wirkungslos⁷⁵¹. Regelmäßig wirken solche Regelungen beweislasternd und unterfallen damit der Typisierung §§ 307, 309 Nr. 12 b BGB⁷⁵².

4.1.2.6.3 Einwirkung auf den Bestand des Rechts durch weitere Voraussetzungen

Ein in der Praxis häufig anzutreffendes Mittel ist es, den Bestand eines Rechts von weiteren, im Gesetz so nicht vorgesehenen Voraussetzungen abhängig zu machen.

Schriftform und Bestätigung

Eine häufig anzutreffender Mechanismus ist es, den Bestand eines Rechts davon abhängig zu machen, dass es schriftlich bestätigt oder vereinbart wird. Im Ergebnis werden dadurch individuelle, auch nachträgliche und/oder mündliche Abreden außer Kraft gesetzt. Als AGB sind solche Regelungen unwirksam⁷⁵³.

In eine ähnliche Richtung gehen Regelungen, die eine Bestätigung einer Partei erfordern, damit der Anspruch entsteht (bspw. Terminbestätigungen).

⁷⁴⁷ OLG Hamburg BeckRS 2018, 39785 Rn. 20,

⁷⁴⁸ BeckOK BGB/Becker, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 310 Rn. 6, BGH NJW 1977, 624 f.;

⁷⁴⁹ BeckOK BGB/Becker, 65. Ed. 1.11.2022, BGB § 305 Rn. 34

⁷⁵⁰ stRspr, BGH NJW 2005, 2543, 2544; BGHZ 104, 232, 236; BGH NJW 1991, 1678 f.; BeckOK BGB/Becker a.a.O., Rn. 35

⁷⁵¹ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 118 und Rn. 137, 138, Verweis auf LG München I AZ 7 O 2820/88, mitgeteilt in Hofmann/Glatzel/Frikell/Schwamb, Unwirksame Bauvertragsklauseln, S. 128).

⁷⁵² Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Einzelne Klauseln, Rn. 137, BGH NJW 1987, 1634 f,

⁷⁵³ OLG Frankfurt a. M. BauR 2003, 269 ff, BGH NJW 1985, 320, 321, BGH NJW 1986, 1809, 1810f, BGH BauR 1997, 1036, 1037

Im Kern kann die andere Seite dann nicht auf verbindlichen Terminen aufbauen und wird regelmäßig vom bestätigten Termin überrascht. Die mangelnde Verlässlichkeit und Planbarkeit begünstigt in der Regel nur die zur Bestätigung berechtigte Partei und gibt ihr ein Instrument in die Hand, den zu bestätigenden Inhalt in ihr Belieben zu stellen.

Als AGB wären auch solche Regelungen unwirksam, solange nicht ein klarer Hinweis auf die vorläufige Unverbindlichkeit erfolgt⁷⁵⁴. Es darf durch solche Klauseln zudem nicht der Eindruck erweckt werden, man könne eine getroffene Abrede nur dann wirksam werden lassen, wenn sie durch eine andere Stelle bestätigt würde⁷⁵⁵.

Ankündigung und Vereinbarung

Will eine Partei Ansprüche geltend machen, die vom Vertrag abweichen, finden sich in der Praxis häufig Ankündigungserfordernisse, meist in der Form, dass der zur Geltendmachung berechtigende Umstand angekündigt, eher noch schriftlich angekündigt werden muss. Häufig wird dieses Ankündigungserfordernis noch mit einer Frist unterlegt, meist einer Ausschlussfrist.

Im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist zu beachten, dass Ankündigungsklauseln unwirksam sind, wenn sie eine Fälligkeitsvoraussetzung schaffen⁷⁵⁶. Es benachteiligt den mit dem Ankündigungserfordernis Belasteten unangemessen, wenn auf diese Weise ein an sich bestehender materiell-rechtlicher Anspruch entfällt⁷⁵⁷.

Letztlich gilt dasselbe, wenn ein materiell-rechtlicher Anspruch mit dem zusätzlichen Erfordernis einer schriftlichen Vereinbarung versehen wird: auch solche Klauseln sind als AGB unwirksam⁷⁵⁸. Interessant ist auch hier die Begründung, sie klärt auch den Blick im Rahmen von individuellen Vertragsverhandlungen: Gerade solche Klauseln sind in der Lage, einseitige materiell-rechtliche Ansprüche auszuschließen wie insbesondere die Geschäftsführung ohne Auftrag §§ 677, 670ff BGB bzw. bereicherungsrechtliche Ansprüche §§812 ff BGB⁷⁵⁹.

Back-to-Back-Prinzip

Gerade in Ketten-Auftragsverhältnissen ist häufig die Regelung anzutreffen, wonach der Anspruch im Verhältnis zwischen Besteller und Unternehmer

⁷⁵⁴ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Einzelne Klauseln, Rn. 152

⁷⁵⁵ BGH NJW 1982, 1389, 1390 f

⁷⁵⁶ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 282

⁷⁵⁷ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 282, 308 und 309, BGH BauR 1991, 210, 212.

⁷⁵⁸ Markus/Kapellmann/Pioch, a.a.O., Rn. 308, 309

⁷⁵⁹ BGH NZBau 2005, 148; BGH BauR 2004, 488; OLG Koblenz NZBau 2010, 439; im Ergebnis ebenso OLG Düsseldorf, BauR 1998, 874, 876 f.; OLG Düsseldorf, BauR 1989, 335; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1993, 1435, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 308

erst fällig wird, wenn der Besteller seinerseits den Anspruch von seinem Auftraggeber erlangt. Meist geschieht dies bei Zahlungen, aber auch hinsichtlich der Abnahme. Inwieweit man sich individuell von außervertraglichen Umständen abhängig machen will, auf die man keinen vertraglichen Einfluß hat, ist den konkreten Vertragsparteien überlassen. Als AGB ist ein solches Konstrukt bei Zahlungen mit dem Leitbild des §641 BGB nicht vereinbar und unwirksam⁷⁶⁰, ebenso regelmäßig auch nicht bei Abnahmen⁷⁶¹.

4.1.2.6.4 Einwirkung auf den Bestand von Rechten durch Ausschlußfristen, Verfall, Verwirkung und Verzicht

An einigen Stellen sieht das Gesetz vor, dass Ansprüche verloren- oder untergehen, wenn eine bestimmte Handlung nicht form- und/oder fristgerecht erfolgt⁷⁶². Dies weckt Begehrlichkeiten auch im vertraglichen Bereich. Gerade Besteller versehen Ansprüche des Unternehmers mit solchen Ausschlußfristen oder Verfall/Verzichtsregelungen.

Ausschlussfristen

Generell führen Ausschlußfristen, anders als die davon streng abzugrenzende Verjährung⁷⁶³, nicht zu einer Einrede, sondern zum im Prozess von Amts wegen zu berücksichtigenden Untergang eines Anspruchs⁷⁶⁴. Auch vertragliche Ausschlußfristen sind möglich.

Ein häufig anzutreffender Fall ist die Ausschlußfrist zur Geltendmachung von Mängeln. So hatte sich der BGH bspw. mit einer Regelung (als AGB) auseinanderzusetzen, die eine Ausschlußfrist von 14 Tagen für erkennbare Mängel enthielt. Als AGB befand das Gericht sie für unwirksam⁷⁶⁵.

Einen weiteren Fall enthält § 16 III Nr. 2 VOB/B (vor dem Hintergrund des § 16 III Nr. 5 VOB/B):

Die vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung schließt Nachforderungen aus, wenn der Auftragnehmer über die Schlusszahlung schriftlich unterrichtet und auf die Ausschlusswirkung hingewiesen wurde.

(vor dem Hintergrund des § 16 III Nr. 5 VOB/B, wonach ein Vorbehalt binnen (VOB/B-Fassung 2009) 24 Werktagen bzw. 28 Kalendertagen (aktuelle

⁷⁶⁰ OLG Celle BauR 2009, 1754, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 313

⁷⁶¹ BGH NJW 1997, 394, 395, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 606ff

⁷⁶² Bspw.: Gestaltungsrechte (zB § 124 Abs. 1 und 3, § 148, § 532, § 622 Abs. 2), absolute Rechte (s. § 64 UrhG), Ansprüche (etwa § 382, § 651g Abs. 1 aF, § 864 Abs. 1, § 977 S. 2 sowie § 13 ProdHaftG), tarifvertraglich vereinbarte Ausschlußfristen (s. § 4 Abs. 4 S. 3 TVG), Nachhaftungsbegrenzungsregeln § 160 HGB, § 327 Abs. 4 AktG, § 377 II HGB.

⁷⁶³ MüKoBGB/Grothe, 9. Aufl. 2021, BGB § 194 Rn. 10 unter Verweis auf Mot. I 292

⁷⁶⁴ BGH NJW 1993, 1585; OLG Naumburg BeckRS 2014, 16155; AG Diez BeckRS 1993, 30993903; Eichel, NJW 2019, 393, MüKoBGB/Grothe a.a.O., BeckOK BGB/Henrich, 65. Ed. 1.2.2023, BGB § 194 Rn. 5, 6

⁷⁶⁵ BGH, NZBau 2005, 149

VOB/B-Fassung 2016) nach Zugang der schriftlichen Schlußzahlungserklärung erfolgen und anschließend innerhalb einer weiteren, zeitlich identischen Frist begründet werden muss).

Wie bereits oben (4.1.2.5.2) gesagt, ist dies zu akzeptieren, wenn die VOB/B im Ganzen vereinbart ist. Ist dies (wie meist) aber nicht der Fall und unterliegt diese Klausel somit der sog. „isolierten Inhaltskontrolle“, ist sie jedoch unwirksam⁷⁶⁶.

Dabei ist die Begründung von Interesse, weil sie auch für das Verhandeln von vertraglichen Regelungen, die anspruchsausschließend, anspruchsvernichtend oder gegen eine Anspruchsentstehung oder -durchsetzung wirken, bedeutsam sind: Es stellt nämlich einen gesetzlichen Grundgedanken dar, dass eine Werklohnforderung durch Leistung zu tilgen ist (§ 362 I BGB) und dass sie der Auftragnehmer nur dann nicht mehr realisieren kann, wenn sie verjährt oder verwirkt ist⁷⁶⁷. Eine Regelung wie § 16 III 2 VOB/B schneidet dem Auftragnehmer aus formalen Gründen die Durchsetzbarkeit von berechtigten Forderungen ab, und zwar innerhalb einer gegenüber den gesetzlichen Fristen extrem verkürzten Frist⁷⁶⁸.

Ein vergleichbarer Mechanismus ist auch in 14.12 der FIDIC Red, Silver und Yellow Book 2017 enthalten. Der dortige Discharge sieht vor:

When submitting the Final Statement or the Partially Agreed Final Statement (as the case may be), the Contractor shall submit a discharge which confirms that the total of such Statement represents full and final settlement of all moneys due to the Contractor under or in connection with the Contract.

Lediglich Ansprüche, die bereits in einem Verfahren vor dem Dispute Avoidance/Adjudication Board (DAAB) oder einer Arbitration anhängig sind (14.12 letzter Satz: *“A discharge under this Sub-Clause shall not affect either Party’s liability or entitlement in respect of any Dispute for which a DAAB proceeding or arbitration is in progress under Clause 21 [Disputes and Arbitration].“*) sind von der Discharge-Wirkung ausgenommen.

Zugleich legt dann 14.14 des Red/Yellow/Silver Book 2017 fest:

The Employer shall not be liable to the Contractor for any matter or thing under or in connection with the Contract or execution of the Works, except to the extent that the Contractor shall have included an amount expressly for it in:
(a) the Final Statement or Partially Agreed Final Statement; and

⁷⁶⁶ BGH BauR 2007, 1404, 1406; BGH BauR 2004, 668; BGH IBR 2002, 1; BGH NJW 1998, 2053; BGH BauR 1995, 234, 235; BGH BauR 1991, 211, 212; OLG Koblenz, OLGR 1997, 192; OLG Hamm, BauR 1997, 472, 473; OLG München, BauR 1996, 871; OLG Frankfurt, BauR 1986, 225, 226, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, Kapitel 6 Inhaltskontrolle der einzelnen VOB/B-Regelungen, Rn. 105

⁷⁶⁷ BGH NJW 1998, 2053, III 2

⁷⁶⁸ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, Kapitel 6 Inhaltskontrolle der einzelnen VOB/B-Regelungen, Rn. 105

(b) (except for matters or things arising after the issue of the Taking-Over Certificate for the Works) the Statement under Sub-Clause 14.10 [Statement at Completion].

Unless the Contractor makes or has made a Claim under Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] in respect of an amount or amounts under the FPC within 56 days of receiving a copy of the FPC the Contractor shall be deemed to have accepted the amounts so certified. The Employer shall then have no further liability to the Contractor, other than to pay the amount due under the FPC and return the Performance Security to the Contractor.

Im Ergebnis wirkt die Regelung wie § 16 III 2 VOB/B und geht sogar noch darüber hinaus⁷⁶⁹:

ein entstandener Anspruch wird vernichtet (discharged), wenn er nicht in die Schlussrechnung eingestellt wird. Aus dem Discharge und dem auf dieser Basis erfolgenden Final Statement ergibt sich nach Klausel 14.14 die Cessation of Employer's Liability, d.h. eine Beendigung der Haftung des Auftraggebers. Klausel 14.14 entfaltet damit eine Schlusszahlungswirkung wie § 16 III Nr. 2 und 3 VOB/B und bewirkt darüber hinaus, dass generell eine Haftung des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer aus oder im Zusammenhang mit dem Vertrag endet⁷⁷⁰. Ob die Regelung insbesondere des 14.14 AGB-widrig ist, dürfte streitig sein⁷⁷¹. Jedenfalls unterliegen sie keiner Privilegierung analog § 310 BGB⁷⁷², somit aber stattdessen der isolierten Inhaltskontrolle. Aus Sicht des Verfassers lassen sich die für § 16 III 2 VOB/B angeführten Unwirksamkeitsgründe auf 14.12 und 14.14 der FIDIC Red/Silver/Yellow Book übertragen.

Auch im Oman ist in 62.2 der Standard documents for Building an Civil Engineering Works (Teil: Standard Conditions of Contract) vergleichbares geregelt:

The Employer shall not be liable to the Contractor for any matter or thing arising out of or in connection with the Contract or the execution of the Works unless the Contractor shall have made claim in writing in respect thereof before the giving of the Maintenance Certificate under this Clause.

Der Unterschied liegt jedoch darin, dass das vertragliche Erfüllungsphase erst mit Ablauf der Maintenance Period (365 Kalendertage ab Fertigstellung, vgl. 49.1) und nicht bereits nach Completion, d.h. Fertigstellung der Leistung endet (8.1, 20.1, 49.1) und das Maintenance Certificate erst nach Ablauf dieser Maintenance Period erstellt wird.

⁷⁶⁹ Roquette/Schweiger-Ritter/Schätzlein, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Auflage 2020, E II 6 n Rn. 309

⁷⁷⁰ Roquette/Schweiger-Ritter/Schätzlein a.a.O.

⁷⁷¹ Vgl. Roquette/Schweiger-Ritter/Schätzlein a.a.O. Rn. 311, 313

⁷⁷² Bonke/Stumpf: Das FIDIC Yellow Book 2017: Neuer Vertragsstandard für den Anlagenbau im Lichte des deutschen AGB-Rechts, NZBau 2018, 449, 452, IV 3, im Ergebnis auch Roquette/Otto-Ritter/Schätzlein, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Auflage 2020, E II 4 b Rn. 57

Dennoch lassen sich auch hier die gegen § 16 III VOB/B angeführten Gründe ebenfalls vertreten.

Verfall, Verwirkung und Verzicht

Verwandt zu Regelungen mit Ausschlussfristen sind Regelungen, die bei Eintritt der Voraussetzungen zum Verlust von an sich bestehenden Rechten führt und sich vermögensnachteilig auswirkt⁷⁷³. Die Rechtsprechung wendet auf sie wegen dieser vermögensmindernden Wirkungen die Regelungen der Vertragsstrafe §§ 339 ff BGB entsprechend an⁷⁷⁴. Ihre Wirksamkeit als AGB muss sich regelmäßig daran messen lassen, ob die Rechtsfolge des vertragswidrigen Versäumnisses auch dann eintritt, wenn der Säumige dies nicht zu vertreten hat. Bejahendenfalls kennzeichnet sie solche Regelungen als AGB-widrig⁷⁷⁵.

Ebenso findet sich auch hier wieder der Verweis auf das gesetzliche Leitbild, wonach der Realisierbarkeit eines an sich entstandenen Anspruchs nur Erfüllung, Verjährung oder Verwirkung entgegenstehen⁷⁷⁶.

Die vorgenannten Argumente sind insgesamt bedeutsam, um ein vertragliches Äquivalent zu verhandeln: wer Regelungen vertraglich einfügen will, die dazu führen, dass Ansprüche, die nach dem gesetzlichen Äquivalent an sich bestehen, entweder nicht entstehen oder entfallen, wird die Anforderungen daran zumindest so stellen müssen, dass Fristen gegenüber dem gesetzlichen Lauf nicht übermäßig verkürzen und die Versäumnis nur dann Wirkung entfaltet, wenn sie von der zur Fristwahrung verpflichteten Partei zu vertreten ist.

Wer umgekehrt mit solchen Regelungen konfrontiert ist, wird nicht nur die Rechtslage kennen müssen, sondern am besten auch die Argumentation der Gerichte.

Bedenkt man, dass diese Gedanken ja letztlich Ausprägungen der unangemessenen Benachteiligung entgegen dem Gebot von Treu und Glauben (Wortlaut § 307 BGB) darstellen, kann man auch bei individuellen Verhandlungen oder auch im Kontext anderer Rechtsordnungen diese Begründungen aufgreifen. Der Grundgedanke der Fairness ist universell.

4.1.2.7 Application for payment procedure

Wie bereits oben gesagt, lässt nach deutschem Werkvertragsrecht die erbrachte Leistung den Zahlungsanspruch entstehen (§§ 641, 632a BGB).

⁷⁷³ BeckOK VOB/B/Oberhauser, 50. Ed. 30.4.2022, VOB/B § 11 Rn. 7, BGH NJW-RR 1991, 1013, 1015, III 4 c

⁷⁷⁴ BGH NJW-RR 1991, 1013, 1015 a.a.O, Kapellmann/Messerschmidt/Schneider, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 11 Rn. 21, 22 mwN in Fn. 16, Beck'scher VOB-Kommentar-Wolff, Teil B, 3. Auflage 2013, Vorbermerkung zu § 11, Rn 10 mwN

⁷⁷⁵ BGH a.a.O.

⁷⁷⁶ LG München I (21 O 12454/92), unveröffentlicht, zitiert in Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 719, entsprechend für Verzichtsklauseln bei der Schlussrechnung OLG München NJW-RR 1987, 598, BGH NJW 1989, 2124, OLG Hamburg ZfBR 1998, 35; BGH BauR 1997, 1036

Es ist in der Praxis häufig anzutreffen, dass für die Ermittlung eines berechtigten Werklohns eine Art Prüf- und Bestätigungsstufe eingeführt wird und nur dasjenige, was durch diese Stufe bestätigt wird, auch abgerechnet werden kann.

Solche Regelungen finden sich bspw. in Art. 110 ff Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 und dem zugehörigen „The Scheme for Construction Contract“⁷⁷⁷ („The Scheme“), den Red, Yellow und Silver Book 2017 der FIDIC, die ebenfalls auf angesächsischen Erfahrungen und Rechtstraditionen aufbauen⁷⁷⁸ oder auch in den omanischen Standard Conditions of Contract for Building and Civil Engineering Works 2019, die dem FIDIC Red Book 1999 nachgebildet sind⁷⁷⁹.

Der britische Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 gibt den Parteien primär auf, Regelungen im Vertrag selbst zu entwickeln:

Art. 110 (1) verlangt dazu:

Every construction contract shall—

(a) provide an adequate mechanism for determining what payments become due under the contract, and when, and

(b) provide for a final date for payment in relation to any sum which becomes due.

The parties are free to agree how long the period is to be between the date on which a sum becomes due and the final date for payment.

Art. 110A (1) und (3) verlangt weiterhin, dass der zur Zahlung verpflichtete Payer den zahlungsberechtigten Payee informiert („give notice“) in folgender Art und Weise:

(a) the sum that the payee considers to be or to have been due at the payment due date in respect of the payment, and

(b) the basis on which that sum is calculated

Zu beachten ist, dass, sofern die Parteien sich nicht einigen können, der „The Scheme“ als Rückfallebene dient.

Unter Berücksichtigung der britischen Rechtstraditionen und der vertraglichen geläufigen Standards, die sich im wesentlichen aus zwei Ursprüngen, nämlich den The New Engineering Contract (NEC) forms of contract und den The Joint Contracts Tribunal (JCT) forms of contract entwickelt haben⁷⁸⁰, läuft dies auf den vorgenannten Mechanismus hinaus, eine Stufe vorzuschalten.

⁷⁷⁷ <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/1998/649/schedule/made> für Zahlungen Part II

⁷⁷⁸ Roquette/Schweiger-Ritter/Schätzlein, Vertragshandbuch Privates Baurecht, 3. Auflage 2020, E II 1 Rn. 6,

⁷⁷⁹ <https://www.linkedin.com/pulse/fidic-99r-vs-2019-standard-conditions-oman-review-1-sankar-mrics> , <https://www.trowers.com/insights/2019/july/oman-standard-conditions-of-contract-for-building-and-civil-engineering-works> , <https://www.mondaq.com/construction--planning/874526/the-new-oman-standard-conditions-of-contract>

⁷⁸⁰ <https://c-link.com/blog/a-guide-to-construction-contracts-in-the-uk/>

Umgesetzt haben dies die FIDIC-Bestimmungen (am Beispiel des Red Book 2017):

Für vereinbarte Vorauszahlungen

- Zunächst hat der Unternehmer dem Engineer die Kopie der Application for the advance payment zuzuleiten (14.2.2.b) sowie Vorauszahlungs- und Erfüllungssicherheit (14.2.2 a).
- Innerhalb von 14 Tagen hat der Engineer sodann das Advance Payment Certificate auszustellen (14.2.2).
- Die Zahlung hat sodann nach der vereinbarten Frist, ansonsten innerhalb von 21 Tagen nach Zugang des Advance Payment Certificate zu erfolgen (14.7 a).

Im Vergleich zu deutschen Gepflogenheiten zeigen sich schon hier Unterschiede:

- Die Anforderungen gem. 14.2.2 a und b werden in der Praxis als Fälligkeitsvoraussetzungen formuliert
- In Deutschland werden die Unterlagen mitsamt einer Rechnung eingereicht, ein Advance Payment Certificate mit Rückbestätigung durch den Engineer ist nicht notwendig.

Die deutsche Gepflogenheit ist weniger störanfällig und für den Unternehmer vorteilhafter, ohne den Besteller in Ansehung der deutschen Gesetzeslage zu benachteiligen:

- Es fallen die Risiken und Zeiten des Postlaufs für die Ausfertigung und Übersendung des Advance Payment Certificate weg
- Die Forderung auf Vorauszahlung wird in Deutschland früher fällig, nämlich nach Zugang der Unterlagen, in UK dagegen erst nach Zugang des Advance Payment Certificate
- Verweigert der Engineer die Ausfertigung des Zertifikats oder bestätigt er eine andere, dann niedrigere Summe, wird die Vorauszahlung insoweit nicht fällig. Könnte der Unternehmer nun in Deutschland (spätestens mit Verzug) aktiv gegensteuern, bspw. durch Leistungsverweigerungsrechte, Forderungen aus Verzug oder Kündigung, ist der Unternehmer dagegen gezwungen, einen Dispute einzuleiten, ohne die vorgenannten Druckmittel zu haben.

Für Abschlagszahlungen

Für Abschlagszahlungen gilt im wesentlichen nichts anderes:

Auch einer Abschlagszahlung (Interim payment) hat die application for payment voranzugehen (14.3.), in der der geltend gemachte Zahlungsanspruch detailliert dargelegt sein muss, wozu insbesondere der Progress Report (4.20) gehört. Praktisch bedeutsamer sind jedoch die Ansprüche auf abweichende Vergütung, die hier einzustellen sind:

13.6 („Adjustments for Changes in Legislation“), 13.7 („Adjustments for Changes in Cost“) sowie sämtliche Ansprüchen, die vom Engineer auf Grundlage von Klausel 3.7 (Agreements or Determination) festgestellt wurden.

Für Ansprüche auf Bauzeitverlängerung (Extension of Time EOT, 20.2) ergibt sich zudem, dass das gesamte Verfahren in 20.2 eingehalten werden muss, bevor ein Anspruch aus 20.2. überhaupt entstehen kann (20.2.7, 2. Absatz). Auf dieser Basis erstellt der Engineer ein Interim Payment Certificate (14.6.1), soweit es die Bauzeitverlängerung betrifft jedoch nur für die bis dato substantiiert dargelegten Kosten aus der Bauzeitverlängerung (20.2.7, 1. Absatz).

Vergleicht man dies mit der deutschen Praxis, fällt auf, dass streitige Forderungen sofort Richtung Dispute getrieben, aber niemals fällig werden können. Mangels Fälligkeit können auch Gegenrechte nie entstehen.

Nur für den Fall der nicht prüfaren nachgewiesenen Rechnung treten unter deutschem Recht ähnliche Folgen ein:

Nach deutscher Üblichkeit wird die Rechnung gestellt und (soweit die VOB/B vereinbart ist) werden die Nachweise für die Ansprüche prüfbar beigefügt (§§ 16, 14 VOB/B) bzw. (soweit BGB-Werkvertragsrecht zur Anwendung kommt) eine Aufstellung beizufügen ist, die eine rasche und sichere Beurteilung ermöglicht § 632a I 5 BGB, was jedoch keine Prüfbarkeit erfordert⁷⁸¹. Ist dann eine Nachvollziehbarkeit nicht gegeben, wird eine solche Abrechnung zwar fällig, aber in einem Prozess auf Leistung von Abschlagszahlungen wäre die Forderung – soweit sie nicht in der Klage selbst prüfbar dargelegt wird – als unschlüssig endgültig abzuweisen⁷⁸².

In allen anderen Fällen löst das deutsche Recht die Probleme ausgewogener und gewährt dem Auftragnehmer Gegenrechte.

Mit Zugang der Rechnung (§ 16 I Nr. 3 VOB/B) bzw. der Aufstellung (§ 632a I 5 BGB) beginnt die Frist zur Fälligkeit der berechtigten Forderung zu laufen, sie beträgt in der VOB/B 21 Kalendertage (§ 16 I Nr. 3 VOB/B), im BGB gilt § 271 BGB.

Im Red Book kann ein Statement of Payment nur zum Ende der Abrechnungsperiode bzw. jeweils am Monatsende gestellt werden (14.3 Satz 1). Danach hat der Engineer weitere 28 Tage Zeit, das Interim Payment Certificate auszustellen (14.6.1) und 56 Tage nach Zugang des Statement wird der bestätigte Anspruch dann fällig (14.7 b (i)). D.h. ein Unternehmer wartet wesentlich länger, bis eine erbrachte Leistung auch gezahlt wird und es dauert immerhin 7 Kalendertage länger (gemessen an der VOB/B, im BGB ist die Zeitdifferenz noch erheblicher), bis immerhin klar wird, welche Summe der Besteller dem Unternehmer als berechtigt zugestehen möchte.

Außerdem liegt ein Unterschied in der Häufigkeit, mit der Abschlagsrechnungen gestellt werden können.

Ist man im Red Book auf das Ende der jeweiligen Abrechnungsperiode oder den Monatszeitraum festgeschrieben (14.3 Satz 1), ist der Unternehmer im BGB völlig frei, wie oft, in welcher Anzahl, wann und in welchen Abständen er Abschlagsrechnungen stellen möchte⁷⁸³.

⁷⁸¹ BeckOK BGB/Voit, 65. Ed. 1.11.2022, BGB § 632a Rn. 10, Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 632a Rn. 88

⁷⁸² Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 632a Rn. 88

⁷⁸³ BeckOK BGB/Voit, 65. Ed. 1.11.2022, BGB § 632a Rn. 23

Schlußzahlung

Jedenfalls für den BGB-Bauvertrag ist der Zugang einer prüffähigen⁷⁸⁴ Schlussrechnung Fälligkeitsvoraussetzung § 650g IV BGB⁷⁸⁵, ebenso im Rahmen der VOB/B (§ 16 III VOB/B). Abgeleitet aus der Rechtsprechung und in § 650 IV 3 BGB niedergelegt⁷⁸⁶, müssen Einwände gegen die Prüfbarkeit innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlußrechnung geltend gemacht werden. Allerdings stellt die Regelung keine materiellrechtliche Ausschlußfrist dar, so dass Einreden und Einwendungen möglich bleiben⁷⁸⁷. Die Fälligkeit ergibt sich im Rahmen der VOB/B alsbald nach Prüfung und Feststellung, jedoch spätestens innerhalb von 30 Kalendertagen ab Zugang der Schlußrechnung § 16 III Nr. 1 Satz 1 VOB/B, bzw. im Rahmen des Bauvertrags sofort mit Zugang der Schlußrechnung §§ 650g IV 1 Nr. 2, 271 BGB. Die Modellierung ist insoweit einheitlich: die Fälligkeit tritt grundsätzlich nach Ablauf der entsprechenden Frist nach Zugang der Schlußrechnung ein. Eine Prüfung der Prüffähigkeit oder eine inhaltliche Prüfung auf Berechtigung sollte innerhalb der in Gang gesetzten Frist erfolgen, denn nach Ablauf der Frist tritt Fälligkeit ein.

Komplexer ist die Struktur unter dem Red Book:

Zunächst muss der Unternehmer das Performance Certificate erlangt haben (14.11.1), was die Abnahme konstituiert (11.9 letzter Satz). Dazu müssen die in 11.9 genannten Anforderungen erfüllt sein. Das Performance Certificate muss innerhalb von 28 Tagen erteilt werden, die jedoch nach dem zuletzt eintretenden der folgenden Ereignisse erst beginnen (11.9 Satz 2):

- Ablauf der Mangel Fristen (Defects Notification Periods)
- Übergabe aller vom Unternehmer zu übergebenden Dokumente
- Erfüllung und Testung aller Leistungen und Abarbeitung aller Mängel

56 Tage nach Erteilung des Performance Certificates hat der Unternehmer dann „a draft final Statement“ zu übergeben (14.11.1). Daraufhin hat der Engineer „promptly“ Einwendungen geltend zu machen und dem Unternehmer eine Frist zur Korrektur aufzugeben (14.11.1 vorletzter und letzter Satz). Anschließend erst kann ein Final Statement eingereicht werden (14.11.2) begleitet von der Discharge-Erklärung (14.12, siehe oben 4.1.2.5.4 „Ausschlußfristen“).

Danach ist dann innerhalb von 28 Kalendertagen das Final Payment Certificate durch den Engineer auszufertigen (14.13). 28 Tage danach wird die Zahlung fällig (14.7 b (ii)).

⁷⁸⁴ Für das BGB: § 650g Abs. 4 S. 1 Nr. 2 BGB, für die VOB/B §§ 16 III, 14 VOB/B, Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, 4. Aufl. 2022, BGB § 650g Rn. 13

⁷⁸⁵ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 641 Rn. 54, anders für das allgemeine Werkvertragsrecht § 641 BGB

⁷⁸⁶ BGH NZBau 2004, 216; BGH NJW-RR 2005, 167, Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, 4. Aufl. 2022, BGB § 650g Rn. 106

⁷⁸⁷ BGH Urt. v. 18.1.2001 – VII ZR 416/99, BauR 2001, 784 (785) zur entsprechenden Regelung in § 16 Abs. 3 Nr. 1 S. 3 VOB/B, Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, 4. Aufl. 2022, BGB § 650g Rn. 107

Im Vergleich zum schlanken Prozess des BGB und der VOB/B ist dies ein stark formalisierter und aufgeblähter Verfahrensablauf.

Zudem hat er aus Unternehmersicht ein erhebliche Anfälligkeit. Die Zeit zwischen Übergabe des „Draft Final Statement“ (14.11.1) und Ausfertigung des Final Payment Certificate (14.13), ist – wie 14.11.1 vorletzter und letzter Satz zeigen – nur für die erste Reaktion des Engineers mit der vagen Fristvorgabe „promptly“ unterlegt und für den weiteren Verlauf überhaupt nicht mehr. Was aus diesem Procedere als streitig hervorgeht, muss nur als solches (nicht fristgebunden) identifiziert und separiert werden (14.11.2), ohne eine Fristbindung zu beinhalten (14.11.2 lit b und a.E.: *following discussions between the Engineer and the Contractor, it becomes evident that they cannot agree any amount(s) in the draft final Statement,*).

Generell drängt sich eine Adaption des FIDIC-Mechanismus nicht auf. Er führt letztlich dazu, dass Streitiges schneller zum Dispute wird und die Parteien zur Durchsetzung streitiger Interessen und Ansprüche in streitige Verfahren (DAAB und Arbitration) schreiten müssen. Für Unternehmer sind die Fristenläufe nachteiliger, das Procedere formalistischer und die Zeiträume zwischen Erbringung der Werkleistung und Kompensation der dafür aufgewendeten Kosten durch Erhalt der fälligen Zahlung länger. Zudem lassen die FIDIC-Mechanismen Gegenrechte, die das BGB einräumt, aber an Fälligkeit oder Verzug knüpft (bspw. Zurückbehaltungsrechte §§ 273, 320 BGB, Kündigungsrechte § 323ff BGB), nicht entstehen.

Es verwundert daher nicht, dass in der Praxis vor allem Besteller aus dem Common law Rechtskreis oder solche die häufig internationale Projekte durchführen „kraft Gewohnheit“ diese FIDIC-Mechanismen übernehmen, ebenso solche deutschen Besteller, die diese Umstände als Vorteil für sich nutzen wollen – häufig noch unterlegt mit Klauseln, mit denen die Geltung eines ausländischen Rechtssystem anstelle des deutschen Rechts vereinbart werden soll (unter Außer-Acht-Lassen von Art. 3 III und IV der Rom-I-Verordnung ⁷⁸⁸), wobei sich gerade das Schweizer Zivilrecht großer Beliebtheit erfreut.

4.1.3 Frankreich : « action directe »

Das französische « Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance »⁷⁸⁹ soll hier ebenfalls erwähnt werden. Da sich viele Streitigkeiten aus Themen ergeben, die sich letztlich in Zahlungsfragen ausdrücken, wählt das französische Recht eine andere Strategie in Auftragsketten.

Action directe (art. 11 bis 14-1 dieses Gesetzes) ist hierzu das Schlagwort.

Welche Bedeutung das französische Recht diesem Gesetz insgesamt und damit auch der action directe zumisst, wird in der Entscheidung (arrêt) des Chambre

⁷⁸⁸ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I-VO)

⁷⁸⁹ <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000889241/>

mixte des Cour de Cassation „SA Agintis c/société Baselle production France“ vom 30.11.2007 deutlich⁷⁹⁰:

«la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, est une loi de police au sens des dispositions combinées de l'article 3 du code civil et des articles 3 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ».

(Hervorhebung durch den Verfasser)

Sie wirkt zwingend, sobald französisches Recht anwendbar ist, gleich, ob eine Partei innerhalb oder außerhalb Frankreichs ansässig ist⁷⁹¹.

Besondere Aufmerksamkeit verdient art. 12:

« Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance ; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage.

Toute renonciation à l'action directe est réputée non écrite.

Cette action directe subsiste même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites.

Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 1799-1 du code civil sont applicables au sous-traitant qui remplit les conditions édictées au présent article.2

Im Ergebnis gewährt art. 12 dem Nachunternehmer einen Direktanspruch gegen den Bauherrn, wenn der Hauptunternehmer nicht binnen eines Monats, nachdem er in Verzug gesetzt wurde, den Geldbetrag bezahlt, der aufgrund des Subunternehmervertrages fällig ist. Eine Kopie der verzugsbegründenden Mahnung ist an den Bauherrn zu senden.

In der Praxis spielen vorgelagerte Erfordernisse eine wichtige Rolle: Zum einen kann die action directe nur greifen, wenn der Bauherr (Maître de l'ouvrage) den/die Nachunternehmer genehmigt hat. Art. 3 besagt:

L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de

⁷⁹⁰ <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000017771816/>

⁷⁹¹ <https://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-12199QE.htm> : Cette décision en conforte le caractère impératif applicable, notamment, à tout contrat de construction intervenant sur le territoire français, qu'il implique un résident ou non-résident.

communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande.

Dies setzt in der Praxis entsprechende Kommunikation zwischen Bauherr (maître de l'ouvrage), Unternehmer (entrepreneur oder auch entrepreneur principale) und Nachunternehmer (sous-traitant) voraus und außerdem die Bereitschaft des Bauherren, den Nachunternehmer als sous-traitant im Sinne dieses Gesetzes zu akzeptieren. Es besteht in der Praxis durchaus die Neigung, sich aus nachgelagerten Schwierigkeiten herauszuhalten, keinen potentiellen Streit durch die action directe auf sich zu ziehen und den Streit im streitbefangenen Vertragsverhältnis zu belassen, denn art. 3 Abs. 2 bestimmt:

« Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant. »

Es bildet sich dann mitunter einer Zwei-Klassen-Nachunternehmerschaft: die privilegierte der vom Bauherrn genehmigten und die nicht privilegierte der vom Bauherren nicht genehmigten Nachunternehmer. Privilegierung ist da bei auch als ökonomische Sicherstellung zu verstehen, welche ein Anliegen des Gesetzes ist:

« La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance poursuit deux objectifs ⁷⁹²: a transparence des contrats de sous-traitance vis-à-vis du donneur d'ordre principal, public ou privé, d'une part, la sécurisation économique du sous-traitant, d'autre part. »

Scheinbar bestärkt wird dies noch durch art. 14:

« A peine de nullité du sous-traité les paiements de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant, en application de ce sous-traité, sont garantis par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur d'un établissement qualifié, agréé dans des conditions fixées par décret. Cependant, la caution n'aura pas lieu d'être fournie si l'entrepreneur délègue le maître de l'ouvrage au sous-traitant dans les termes de l'article 1338 du code civil, à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant.

A titre transitoire, la caution pourra être obtenue d'un établissement figurant sur la liste fixée par le décret pris en application de la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 concernant les retenues de garantie. »

Unter sonstiger Nichtigkeit des Nachunternehmervertrags hat der Besteller den Nachunternehmer durch eine „caution personnelle et solidaire“ abzusichern. Tatsächlich erfolgt dies oft nicht, obwohl die Leistung erbracht wird. D.h. nicht nur der Bauherr (Maître de l'ouvrage), sondern auch der Besteller (entrepreneur)

⁷⁹² Vgl. bspw. die Beantwortung der Frage 12199 der 13. Legislaturperiode der Assemblée nationale <https://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-12199QE.htm>

entzieht sich dem gesetzlichen Modell. Es bleibt ein Schwebezustand der formalen Nichtigkeit bei gleichwohl faktischem Vollzug.

Insofern erscheint ein Weg vorzugswürdiger, den bspw. § 16 Abs. 6 VOB/B geht:

„Der Auftraggeber ist berechtigt, zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus den Absätzen 1 bis 5 Zahlungen an Gläubiger des Auftragnehmers zu leisten, soweit sie an der Ausführung der vertraglichen Leistung des Auftragnehmers aufgrund eines mit diesem abgeschlossenen Dienst- oder Werkvertrags beteiligt sind, wegen Zahlungsverzugs des Auftragnehmers die Fortsetzung ihrer Leistung zu Recht verweigern und die Direktzahlung die Fortsetzung der Leistung sicherstellen soll. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, sich auf Verlangen des Auftraggebers innerhalb einer von diesem gesetzten Frist darüber zu erklären, ob und inwieweit er die Forderungen seiner Gläubiger anerkennt; wird diese Erklärung nicht rechtzeitig abgegeben, so gelten die Voraussetzungen für die Direktzahlung als anerkannt.“

4.2 Eskalationsfeld Leistung – Leistungsumfang – Leistungsbestimmung

4.2.1 Herausgehobene Bedeutung

Herausgehoben ist das Eskalationsfeld der geschuldeten Leistung:

- durch den Vertrag verpflichtet sich der Unternehmer dazu, diese Leistung, das Werk zu erbringen, der Besteller erlangt den Anspruch auf Erfüllung des Werks (§ 631 BGB),
- mit Erbringung der Leistung hat die Abnahme mit ihren in 2.4.1.2 beschriebenen Wirkungen zu erfolgen,
- die Leistungserbringung ist Fälligkeitsvoraussetzung für den Werklohn §§ 641, 632a BGB, ihr Erfüllungsgrad bestimmt die Vergütungshöhe, eine Verfehlung kann finanzielle Auswirkungen haben (vgl. §§ 273, 320, 641 III BGB Einbehalt mit Druckzuschlag, auch für Nachträge § 650c III BGB, Vorschuß § 637 III BGB etc.),
- vor der Abnahme steht dem Besteller kein Anspruch wegen eines Mangels §§ 633 ff BGB zu, sondern grundsätzlich nur der Herstellungsanspruch nach § 631 I BGB⁷⁹³, stattdessen hat er vor Abnahme die Ansprüche aus allgemeinem Leistungsstörungsrecht §§ 280 ff BGB⁷⁹⁴ und
- Maßstab für den werkvertraglichen Mangel nach § 633 BGB ist die Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit des Werks⁷⁹⁵.
- Das allgemeine Leistungsstörungsrecht §§ 280ff baut (auch für Termine § 280 II, 286 BGB) auf der geschuldeten Leistung auf.

Die geschuldete Leistung strahlt in erheblicher Weise auf alle Eskalationsfelder ab. Es ist ein Zentralbegriff.

Gerade deshalb kommt diesem Punkt in der Verhandlung größte Bedeutung zu. Nach Erfahrung des Verfassers sind Sorgfalt und Zeit hier gut investiert: klare Definitionen der geschuldeten in Abgrenzung von der nicht geschuldeten Leistung, klare Definitionen von Schnittstellen (technisch und in der Kommunikation) und eine präzise beschriebene Grenzlinie dazwischen (trennscharfe Definition) sind extrem hilfreich und deeskalierend. Schließen sich, wie häufig bspw. im Anlagenbau, Automatisierungs- oder Software-Projekten, an die Phase der physischen Fertigstellung noch (meist mehrstufige) Phasen der Erprobung und Testung (Termini wie Inbetriebnahme, Probe-/Testbetrieb, Prüfbetrieb, Loop Check, Site Acceptance Test SAT sind hier häufig anzutreffen) an, ist es erfahrungsgemäß gut, sorgfältig zu definieren, was in der jeweiligen Stufe und Phase getestet wird, dies an objektiv-meßbaren Kriterien festzumachen und klar zu regeln, wann eine Phase/Stufe als erfolgreich bestanden gilt und von welchen Voraussetzungen der Eintritt in die nächste Stufe bzw. Phase abhängt.

Dies ist nicht zuletzt deshalb wichtig, weil die Stufen und Phasen gängig die Abnahmereife der Leistung erst erweisen sollen und somit regelmäßig vor Abnahme, d.h. noch unter dem vertraglichen Risiko des Unternehmers

⁷⁹³ BGH NJW 2017, 1604, Rn. 31,

⁷⁹⁴ BGH NJW 2017, 1604 Rn. 40 und 41

⁷⁹⁵ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 633 Rn. 7

stattfinden, obwohl hier bspw. in den üblichen Phasen „Probetrieb“ oder „Inbetriebnahme“ durchaus die erbrachte Leistung schon im Echtbetrieb genutzt wird und der Ertrag der dadurch produzierten Güter dem Besteller verwertbar zufließt.

Im Übrigen passiert es gerade bei Projekten, in denen zur Gesamtleistung mehrere Gewerke und Unternehmer beitragen, dass diese Stufen und Phasen auch das Zusammenwirken der Teilleistungen aller Gewerke betrachten, was einerseits für den Besteller sinnvoll ist, weil er letztlich eine funktionierende Gesamtleistung erlangen will. Andererseits erzeugt dies aus Sicht des einzelnen Unternehmers eine technische und faktische Abhängigkeit von anderen, deren gesamtheitlicher Erfolg oder Mißerfolg für den einzelnen Unternehmer beschränkt auf seine Leistung beeinflussbar, aber im Übrigen nicht beeinflussbar ist. Dennoch strahlt der gesamtheitliche Erfolg auf den eigenen Vertrag ab bspw. auf die Erlangung der Abnahme oder der mit einem vereinbarten Leistungsstand oder der Abnahme verknüpften Zahlungen und Fälligkeiten.

Auch hier gilt es faire Vorkehrungen für den Fall zu treffen, dass der Unternehmer jedenfalls das Seine ordnungsgemäß zum Gesamterfolg beigetragen hat (Zahlung, Abnahme, Verjährung usw.).

4.2.2 Beeinflussung des Bausolls durch die Parteien

In Vertragsverhandlungen sind regelmäßig gegenläufige Tendenzen auszumachen: einerseits versucht der Besteller regelmäßig das Bausoll größtmöglich und umfassend anzulegen. Häufig wählen gerade Auftraggeber in der Praxis den Weg, sowohl Einfluß auf das Bausoll nehmen zu können und gleichwohl die Verantwortung für Vollständigkeit und Richtigkeit auf den Auftragnehmer zu verlagern⁷⁹⁶. Unternehmer versuchen in der Regel solche Ausweitungen zu verhindern.

Immerhin kommt den Parteien insoweit entgegen, dass eine AGB-Inhaltskontrolle wegen § 307 BGB nur auf Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht erfolgt. Somit erfolgt die Inhaltskontrolle nicht, wo eine Regelung nicht abweicht. Dies hat zur Folge, dass auch Bestimmungen von der Inhaltskontrolle ausgenommen sind, die einer gesetzlichen Regelung typischerweise nicht zugänglich sind, weil sie der privatautonomen Regelung durch die Vertragsschließenden vorbehalten sind. Mithin sind dies u.a. die wechselseitigen Hauptleistungspflichten, also – beim Werkvertrag – die Beschreibung des vom Auftragnehmer zu erstellenden Werkes und die Preisvereinbarung⁷⁹⁷.

Allerdings gilt diese Kontrollfreiheit nur für die Festlegung und Bestimmung der Hauptleistung im unmittelbaren, engen Sinne⁷⁹⁸. Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung (Leistungsbeschreibungen) sind ebenso wie Vereinbarungen über das vom anderen Teil zu erbringende

⁷⁹⁶ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 190

⁷⁹⁷ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 191

⁷⁹⁸ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 191

Entgelt der Inhaltskontrolle entzogen⁷⁹⁹. Dieser Ausnahmerebereich ist eng gefasst. Leistungsbeschreibungen sind nur solche Bestimmungen, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen (Kataloge, Beschaffensvereinbarungen usw), ohne die also mangels Bestimmbarkeit oder Bestimmtheit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann⁸⁰⁰. Werden dagegen Modalitäten der Leistungserbringung geregelt, unterliegen diese der Kontrolle.

Ebenso gelangen trotz allem das sog. Transparenzgebot vgl. § 307 Abs. 3 S. 2 BGB i.V.m. §307 Abs. 1 S. 2 und S.1 BGB (d.h. die klauselmäßige Darstellung der wechselseitigen Leistungsbeziehung, die sicherstellt, dass der Vertragspartner erkennen kann, was er leisten muss, um welche Gegenleistung zu verhalten⁸⁰¹ und dass auch die wirtschaftlichen Nachteile und Risiken deutlich werden⁸⁰²), das Verbot überraschender und mehrdeutiger Klauseln (§305c BGB) und der Vorrang der Individualabrede (§ 305b BGB) zur Anwendung.⁸⁰³

Dies eröffnet erhebliche Gestaltungsspielräume - sogar im formularmäßig vorbereiteten Bereich der Verhandlung.

4.2.3 Ausschreibungstechnik: Übertragung des Leistungsermittlungsrisikos auf den Unternehmer, Rahmensetzung und Einflußnahme

Übertragung des Leistungsermittlungsrisikos

Einen Weg, einen weiten Leistungsumfang zu erhalten, entwickelte die öffentliche Hand durch die Art und Weise der Ausschreibung. Sie verkörpert sich in mehreren Leiturteilen des BGH, so bspw. „Wasserhaltung I und II“, „Kammerschleuse“ und „Bistro“.

Kennzeichnend ist nämlich dass ein Angebot des Unternehmers auf einen bestimmten vertraglichen Erfolg auf der Grundlage eines erkennbar nicht vollständigen oder unklaren Leistungsverzeichnis erfolgt⁸⁰⁴, das durch Zuschlag der öffentlichen Stelle zum Vertrag wird. Dies ist als funktionale Leistungsbeschreibung (siehe oben 2.5.1.1) zu verstehen, die dem Auftragnehmer grundsätzlich das Recht⁸⁰⁵, die Aufgabe und das Risiko der konkreten Leistungsermittlung auferlegt⁸⁰⁶.

Die Wasserhaltung-Entscheidungen⁸⁰⁷ stellten klar, dass die funktionale Leistungsbeschreibung dem Auftraggeber erlaubt, Leistungsermittlungsrisiken auf den Auftragnehmer zu übertragen, allerdings nur soweit das Risiko auf ihn

⁷⁹⁹ BGH NJW 18, 534 Rz 15; NJW 19, 2997, Rn. 19, Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, § 307 BGB, Rn. 35

⁸⁰⁰ BGH NJW 18, 534 Rz 15; NJW 19, 2997, Rn. 19, Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, § 307 BGB, Rn. 35

⁸⁰¹ BeckOK BGB/H. Schmidt, 65. Ed. 1.2.2023, BGB § 307 Rn. 92

⁸⁰² BeckOK BGB/H. Schmidt, 65. Ed. 1.2.2023, BGB § 307 Rn. 42

⁸⁰³ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 191, Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, § 307 BGB, Rn. 35

⁸⁰⁴ Drittlter, Nachträge und Nachtragsprüfung beim Bau- und Anlagenbauvertrag, 5. Edition 2021, Stand: 25.01.2021, 2.1.2.a, Rn. 46ff

⁸⁰⁵ Kapellmann/Schiffers/Markus Band 2 Rn. 643 ff.; Leinemann/Schliemann VOB/B § 2 Rn. 257, 268, Messerschmidt/Voit-von Rintelen, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, 1. Teil H I 3 Rn. 8

⁸⁰⁶ Drittlter a.a.O. Rn. 2.1.2 a.4 Rn. 67ff.

⁸⁰⁷ BGH "Wasserhaltung I", BauR 1992, 759, und BGH "Wasserhaltung II", BauR 1994, 236

aufgrund der Vertragsformlierung erkennbar übertragen wird. Leistungen, die völlig ungewöhnlich und von keiner Seite zu erwarten sind (ungewöhnliche Wagnisse), können vom Bausoll nicht umfasst sein⁸⁰⁸.

In der Kammerschleusen-Entscheidung⁸⁰⁹ fand der BGH eine Beschreibung des Bausolls vor, die den Unternehmer verpflichtete, einerseits eine Statik für eine Schleusenkammer als Vertragsleistung auszuführen und andererseits die nach dem Erfodernis der von ihm selbst zu erstellenden Statik erforderlichen Bewehrung (unterlegt mit der Angabe einer Mindestbewehrungsstärke im Leistungsverzeichnis) einzubauen. Nach Vertragsschluß und nach Anfertigung der Statik musste der Unternehmer erkennen, dass nicht die von ihm angebotene Stahlmenge entsprechend der Mindestbewehrungsstärke, sondern eine erhebliche Mehrmenge zur Erreichung der notwendigen Stärke erforderlich war. Maßgeblich war für den BGH, dass die Leistung zwar funktional, aber doch hinreichend bestimmbar beschreiben war und die Verlagerung des Risikos der Leistungsermittlung⁸¹⁰ für den fachkundigen Unternehmer erkennbar war⁸¹¹.

In der Bistro-Entscheidung⁸¹² wurde dies weiter verfeinert. Auch hier hatte der Unternehmer das Leistungsermittlungsrisiko zu tragen, in dem ausgeschrieben war, er möge die geschuldete technische Anlage „nach Erfordernis“ bauen. Bedeutsam war hier u.a. dass zur Ausschreibung auch eine Bauwerksplanung mitgegeben war. Nach Vertragsschluß änderte Bauherr diese Planung. Genau diesen Umstand griff der BGH auf und stellte klar, dass das Leistungsermittlungsrisikos auf Grundlage der vertraglichen Vereinbarung zur geschuldeten Leistung erfolgt. Maßgeblich seien daher das gesamte Vertragswerk und dessen Begleitumstände zugrunde zu legen, die Umstände des Einzelfalls und die konkreten Verhältnisse des Bauwerks⁸¹³. Dazu zählt auch die in diesem Moment vorliegende Bauwerksplanung⁸¹⁴.

Eine Absage erteilte der BGH der Auffassung, Formulierungen wie „je nach Erfordernis“ würden erkennbar auch die Risikoübernahme für Änderungen nach Vertragsschluß einschließen⁸¹⁵ oder unklare Leistungsbeschreibungen würden vorrangig zu Lasten des Auftragnehmers ausgelegt⁸¹⁶.

Insofern ist immer wieder festzustellen, dass die Grundsätze der funktionalen Leistungsbeschreibung und des damit sich ergebenden Transfers des Leistungsermittlungsrisikos vom Besteller auf den Unternehmer häufiges Instrument sind.

Rahmensetzung und Einflußnahme

Bei genauem Lesen der Rechtsprechung und Literatur wird ein Umstand bedeutsam. Das Recht der Leistungsbestimmung durch den Auftragnehmer besteht nur innerhalb des durch den Vertrag bestimmten Rahmens.

⁸⁰⁸ Drittlar a.a.O, Rn. 48 ff, insb. 50, Labrenz NZBau 2008, 352,

⁸⁰⁹ BGH NJW 1997, 61 ff

⁸¹⁰ Drittlar a.a.O. O, Rn. 66

⁸¹¹ BGH a.a.O, insb. S. 61a.E./62 o.: I 2 c

⁸¹² BGH NJW 2008, 2106 ff

⁸¹³ BGH NJW 2008, 2106, 2109, Rn. 32

⁸¹⁴ BGH NJW 2008, 2106, 2109, Rn. 33

⁸¹⁵ BGH NJW 2008, 2106, 2109, Rn. 34 und 35

⁸¹⁶ BGH NJW 2008, 2106, 2109, Rn. 37 und 38

Bei funktionaler Leistungsbeschreibung wird die Leistungspflicht des Auftragnehmers durch den Vertrag bestimmt und begrenzt⁸¹⁷. Den Produktionsablauf bestimmt der Auftragnehmer unter Beachtung der vertraglichen Vorgaben alleine⁸¹⁸. Für Auftraggeber bedeutet dies, dass man mit Vertragschluß und dadurch recht früh die Einflußnahmemöglichkeit und Chance der gestalterischen Einwirkung verliert und dass der Unternehmer Detaillösungen entwickelt, die nicht den Vorstellungen des Bestellers entsprechen⁸¹⁹.

Daher versuchen gerade Besteller in ihren Vertragstexten sich Einwirkungsmöglichkeiten nach Vertragsschluß zu sichern. Zu denken ist hier an die Vereinbarungen von Bemusterungen während der Durchführung oder zur vertraglichen Einräumung der Möglichkeit, insbesondere durch während der Durchführungsphase erst zu übergebende Planung oder Information das Bausoll abschließend zu definieren.

Unternehmer müssen sich dessen bewußt sein, aber auch die Auswirkungen einer solchen Einflußnahme terminlich, technisch und wirtschaftlich bedenken. Transparente Formulierungen sind an dieser Stelle sehr hilfreich.

4.2.4 Komplettheitsklauseln

Ein Weg der Ausweitung des Bausolls sind Regelungen, die dem Auftragnehmer auferlegen, das im Vertrag ausdrücklich beschriebene Bausoll zu komplettieren – häufig dadurch, dass der Besteller den Unternehmer ungeachtet des vertraglichen Detaillierungs- und Vollständigkeitsgrads der Beschreibung des Bausoll zu einer (meist gemessen an Funktionalität und Zwecktauglichkeit) vollständigen Leistung verpflichtet. In der Praxis finden sich bspw. folgende (oder ähnliche) Formulierungen:

*Gegen die vereinbarte Vergütung übernimmt der Auftragnehmer alle Leistungen, die erforderlich sind, um das Werk vollständig zu erbringen, selbst wenn sie in den Vertragsunterlagen nicht erwähnt sind.*⁸²⁰

*Sofern der Auftraggeber oder dessen Sonderfachleute einzelne Ausführungs- und Detailzeichnungen nicht rechtzeitig zur Verfügung stellen kann oder diese mangelhaft sind, hat der Auftragnehmer diese Zeichnungen selbst zu erstellen. Der Auftragnehmer kann aus der nicht rechtzeitigen und/oder mangelhaften Vorlage der Pläne keine Rechte irgendwelcher Art herleiten*⁸²¹.

Es empfiehlt sich, solche Regelungen von ihrem Kontext und ihren Wirkungen her zu betrachten:

⁸¹⁷ Beck VOB/B/Jansen, 3. Aufl. 2013, VOB/B § 1 Abs. 1 Rn. 37

⁸¹⁸ Kapellmann/Messerschmidt/Markus, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 6 Rn. 1

⁸¹⁹ Kapellmann/Messerschmidt/Markus, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 2 Rn. 498

⁸²⁰ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 203: Klausel unwirksam

⁸²¹ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 204: Klausel unwirksam

Soweit die Leistung funktional beschrieben ist, d.h. der Auftragnehmer durch eigene Planung die finale Leistungsbestimmung vornehmen muss, ist die ausdrückliche Verpflichtung zur Erreichung einer funktionalen und zwecktauglichen Leistung identisch mit dem ohnehin bestehenden gesetzlichen Äquivalent und daher nicht zu beanstanden.

Anders verhält es sich, soweit der Vertrag dem Auftragnehmer die Ausführung nicht funktional vorgibt, sondern der Auftragnehmer darauf beschränkt ist, die vertragliche Vorgabe des Bestellers umzusetzen (was meist in Form eines detaillierten Leistungsverzeichnisses und der Ausführungsplanung geschieht).

Wem der Vertrag in welchem Detail oder insgesamt die Hoheit der planerischen Entscheidung zuweist, hat für die damit verbundene Verantwortung der Richtigkeit, Funktionalität und Zwecktauglichkeit einzustehen. Wer diese Verkopplung löst und die Verantwortlichkeit und Risikotragung auf den Vertragspartner überwälzt, ohne die Planungshoheit und das Leistungsbestimmungsrecht in gleichem Umfang zu transferieren, bewirkt letztlich nur die Übertragung eines Risikos, auf das (mangels Planungshoheit) die andere Partei keinen Einfluß hat. Insbesondere verschiebt sich dadurch die Haftung für eine fehlerhafte, widersprüchliche oder unvollständige Planung⁸²² auf den nicht-planenden Teil.

Als AGB sind solche Komplettheitsklauseln daher auch regelmäßig unwirksam⁸²³.

4.2.5 Fazit zu diesem Abschnitt und Vergleich (Österreich, Schweiz)

Deutsches Recht

Wie schon oben gesagt, ist die geschuldete Leistung von zentraler Bedeutung. Eine Modifikation des gesetzlichen Äquivalents hat weitreichende Konsequenzen, derer man sich bewußt sein muss, wenn man durch Modifikation ein vertragliches Äquivalent bewirkt.

Ansatzpunkte zur Modifikation finden sich mannigfach, so dass die vorstehend angesprochenen Punkte letztlich nur als Beispiele gelten können.

Wie sehr gerade das deutsche Recht durch seine AGB-Regularien und Rechtsprechung unangemessene Benachteiligungen korrigiert, zeigt sich ebenfalls.

Andere Rechtsordnungen: Österreich, Schweiz

Andere Rechtsordnungen weisen diese Korrekturen nicht oder nicht in diesem Maß auf, so dass es letztlich der Marktmacht der verhandelnden Parteien überlassen ist, solche Punkte durchzusetzen.

⁸²² Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 203

⁸²³ Vgl. zu allem auch Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 200, 201

Beispielsweise finden sich im österreichischen Recht für den B2B-Bereich (mit Ausnahme der Vorschriften zur Gesetzeswidrigkeit und der Sittenwidrigkeit § 879 I und II ABGB) nur rudimentäre Bestimmungen zur Inhaltskontrolle und Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in §§ 864a, 879 III und 915 ABGB.

Korrekturen nach § 864a ABGB können nur erfolgen, wenn die Vertragsbedingung nachteilig sind und der Nicht-Verwender insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde nicht mit einer solchen Regelung zu rechnen brauchte. Dazu müssten sie objektiv ungewöhnlich sein, d.h also von den objektiv berechtigten Erwartungen des Nicht-Verwenders deutlich abweichen⁸²⁴, gemessen an der Üblichkeit einer Klausel bei einem Geschäftstyp⁸²⁵ im redlichen Verkehr, sodass eine weite Verbreitung einer Klausel die Anwendung des § 864a ABGB nicht hindern würde⁸²⁶.

Neben dieser Ungewöhnlichkeit muss die Klausel auch durch ihre Stellung im Vertragswerk⁸²⁷ Überraschungseffekt⁸²⁸ haben. In der Praxis wirkt man dem durch entsprechende Kenntlichmachung entgegen.

Kein schärferes Schwert stellt auch § 879 ABGB dar. Immerhin gibt es zu § 879 I ABGB einige Judikatur, wonach die Überwälzung von unvorhersehbaren oder unkalkulierbaren Risiken ohne entsprechende Abgeltung auf den Gegner als unwirksam erachtet⁸²⁹. Eine AGB-Kontrolle betrifft nicht die beiderseitigen Hauptleistungspflichten⁸³⁰, sondern findet nur für sonstige Pflichten und Obliegenheiten statt und muß sodann gröblich benachteiligend sein⁸³¹, u.a. wenn die dem Vertragspartner zugeordnete Rechtsposition in auffallendem, sachlich nicht zu rechtfertigenden Mißverhältnis zur vergleichbaren Position des anderen steht⁸³².

Noch mehr überlässt bspw. das Schweizer Recht den Parteien, ihre vertragliches Äquivalent zu finden. Nach Art. 19 II Obligationenrecht (OR) wird das Prinzip der Vertragsfreiheit (Art. 19 I OR) nur durch zwingendes Recht sowie ein Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit begrenzt. Diese Widerrechtlichkeit liegt vor, wenn gegen eine zwingende objektive, privat- oder öffentlich-rechtliche Norm des schweizerischen Rechts verstoßen wird⁸³³. Ebenso ist ein Vertrag nach Art. 20 OR nichtig, wenn er einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstößt.

⁸²⁴ OGH 6 Ob 55/02k, Koziol/Bydlinski/Bollenberger-Bollenberger, ABGB-Kommentar, 2. Aufl. 2007, § 864a Rn. 10,

⁸²⁵ Koziol/Bydlinski/Bollenberger a.a.O., OGH 8 Ob 591/90

⁸²⁶ Österreichisches Bankarchiv ÖBA 2003, 694, Koziol/Bydlinski/Bollenberger a.a.O.

⁸²⁷ OGH 4 Ob 179/02f

⁸²⁸ Österreichisches Bankarchiv ÖBA 2003, 694, OGH 8 Ob31/05 Koziol/Bydlinski/Bollenberger a.a.O.

⁸²⁹ OGH 7 Ob 2382/96, OGH 3 Ob 146/99p, OGH 5 Ob 113/04k, Koziol/Bydlinski/Bollenberger-Bollenberger § 879 Rn. 9

⁸³⁰ OGH 3 Ob 146/99, OGH 4 Ob 112/04, OGH 9 Ob 15/05

⁸³¹ Koziol/Bydlinski/Bollenberger-Bollenberger § 879 Rn. 22

⁸³² Koziol/Bydlinski/Bollenberger-Bollenberger § 879 Rn. 23, OGH 4 Ob 50/00g, OGH 7 Ob 93/06m

⁸³³ BGE 119 II 222, BGE 117 II 287

Allerdings führt dies nur dann zur Nichtigkeit des Vertrags, sondern nur dann, wenn diese Rechtsfolge ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist oder sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt⁸³⁴.

Allerdings gibt es in der Schweiz kein eigenes AGB-Gesetz. Korrektive sind daher eng umrissen:

- Sind die AGB einbezogen worden? Das kann nach Schweizer Recht durch Vollübernahme, d.h. Übernahme aller einzelnen Bestimmungen der AGB durch ausdrückliches Einverständnis, oder durch Globalübernahme, d.h. Übernahme durch Zustimmung der Parteien ohne Kenntnis der Einzelbestimmungen durch den Nicht-Verwender, geschehen⁸³⁵.
- Hat der zustimmende von einer ungewöhnlichen Klausel Kenntnis gehabt⁸³⁶?
- Gibt es eine vorrangige individuelle Regelung?
- Ist im Fall der Globalübernahme eine Bestimmung ungewöhnlich, d.h. durfte die global zustimmende Partei eine solche Bestimmung nicht erwarten, durfte nicht mit ihr rechnen und hat auch nicht mit ihr gerechnet⁸³⁷?
- Steht der Einbeziehung ein Formvorbehalt gem. Art 16 I OR entgegen?
- Ergibt die vorrangige Auslegung eine unklare Regelung, so wird sie im Zweifelsfall zu Ungunsten derjenigen Partei ausgelegt, welche diese verfasst hat (Unklarheitenregel)⁸³⁸, dies entspricht ziemlich der Unklarheitenregel des österreichischen § 915 II ABGB⁸³⁹.
- Steht Art. 8 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) entgegen:

Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.)

,der jedoch nur für Konsumentenbeteiligung gilt, nicht aber im hier interessierenden B2B-Bereich?

Beide Rechtsordnungen erscheinen weit weniger restriktiv gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und überlassen deshalb mehr der Vertragsfreiheit und damit der Verhandlungsmacht der Parteien. Dies mag vor allem der als belastend empfinden, der in seiner starken Verhandlungsmacht beschränkt zu sein glaubt, und der als helfend empfinden, dem eine schwache Verhandlungsposition zukommt.

Für eine Verhandlung empfiehlt es sich jedenfalls, sich die Argumente der deutschen Rechtsprechung vor Augen zu führen, mit denen im deutschen Recht die AGB-widrigkeit begründet wird und diese für seine Verhandlung nutzbar zu

⁸³⁴ BGE 129 III 209

⁸³⁵ BGE 108 II 416

⁸³⁶ BGE 109 II 452

⁸³⁷ BGE 109 II 452; BGE 135 III 1; n BGE 135 III 225

⁸³⁸ BGE 115 II 264; BGE 124 III 155

⁸³⁹ Koziol/Bydlinski/Bollenberger-Bollenberger § 915 ABGB Rn. 4

machen (dies wird auch für die nachfolgenden Eskalationsfelder in gleicher Weise gelten).

Für die Überführung des gesetzlichen in das vertragliche Äquivalent kann im vorliegenden Eskalationsfeld es mithin keinen Königsweg geben:

Immerhin kann man nur raten, sorgfältigst das Bausoll trennscharf zu definieren und auch das Leistungsbestimmungsrecht, wie es im Vertrag angelegt ist, späterhin zu akzeptieren. Der Vertrag ist der richtige Platz es zu regeln.

Im Lichte der AGB-Rechtsprechung ist außerdem ein maßvolles Verhalten beiderseits ratsam: man ist erfahrungsgemäß während der Durchführung des Projektes immer mal wieder auf den Vertragspartner angewiesen. Auch die obige Aussage zur Spieltheorie, die dem Eigennutz das Wort redet, relativiert sich über die Dauer der Abwicklung: Kein Projekt verläuft störungsfrei, die Verursacher sind nie nur die einen.

Es empfiehlt sich, extrem sorgfältig und genau am Bausoll zu arbeiten. Zum einen ist es zunächst ein „neutraler“ Umstand, der einfach nur eine klare Grundlage schafft, auf der eine Kalkulation und Leistungserwartung möglich ist. Er hat noch keinen Geschmack von „Sanktion“ und negativer Auswirkung im Sinne von Nachtrag/Kostentragung, Bauzeitverlängerung/Verzug und dergleichen. Er erspart späteren Konfliktstoff.

Dabei erweist es sich in der Praxis als empfehlenswert, die Planung frühzeitig, möglichst schon zu Vertragsschluß abgeschlossen zu haben. Die Möglichkeit nachgereichter Planung, wie dies bspw. § 3 Abs. 1 VOB/B (*Die für die Ausführung nötigen Unterlagen sind dem Auftragnehmer unentgeltlich und rechtzeitig zu übergeben*) ermöglicht, ist da wenig hilfreich, weil unter „rechtzeitig“ zuviele ungenaue Aspekte zusammenspielen, nämlich⁸⁴⁰

- Die Berücksichtigung der vertraglich vereinbarten Fristen
- Das allgemeine Erfordernis der Ermöglichung zügiger, ungehinderter Arbeit des Unternehmers
- Die Übergabe muss vor Beginn des betreffenden Leistungsteils erfolgen
- Es muss eine angemessene Zeit für die gebotene und sachgerechte Vorbereitung und die Durchführung der Leistung eingeräumt werden

Die Erfahrung zeigt, dass genau diese verzögerte Übergabe zu vielen Problemen führt, Widersprüche werden nicht abgeglichen, der Übergabetermin ist unpassend, inhaltliche Modifikationen zum Vertrag werden nicht hinreichend genau abgeglichen und erkannt, der Bearbeitungsaufwand für eine Prüfung der übergebenen Unterlagen auf etwaige Bedenken hin (§§ 241 II BGB bzw. § 3 III 2 VOB/B) wird bauseits selten, unternehmerseits dagegen regelmäßig als Mehraufwand begriffen, um nur einige Problemzonen zu nennen.

⁸⁴⁰ Ingenstau / Korbion / Leupertz / von Wietersheim, VOB Teile A und B - Kommentar, 22. Auflage 2023, § 3 VOB/B, Rn. 8, BeckOK VOB/B/Fuchs, 50. Ed. 31.7.2022, VOB/B § 3 Abs. 1 Rn. 7 und 8

Es empfiehlt sich weiterhin, die Nutzung funktional definierter Leistungen als Instrument der Ausschreibung zu hinterfragen: das im Detail dem Auftragnehmer überlassene Leistungsbestimmungsrecht und Leistungsermittlungsrisiko wird regelmäßig erkaufte mit dem Verzicht auf Mitwirkung in der Ermittlung des Bausolls. Ebenso muss man in Kauf nehmen, dass gerade in komplexeren Bauprojekten der mit dem Leistungsbestimmungsrecht und -risiko belegte Auftragnehmer dies nur mit Blick auf seinen Vertrag ausübt. Technische und terminliche Schnittstellen zu anderen Gewerken bleiben dagegen, soweit nicht ausdrücklich im Vertrag erfaßt, außen vor.

Insgesamt spricht das Interesse frühzeitiger Klärung jedenfalls dafür, ein BIM-Modell oder eine vergleichbare klärende, kommunikative und frühzeitig detaillierende Planung ermöglichende Methode einzusetzen.

4.3 Eskalationsfeld Leistung – Modifikation – Kompensation

Ist das Bausoll vertraglich erst einmal definiert, ist der Vertrag nach dem bereits eingangs angesprochenen Prinzip „pacta sunt servanda“ (s.o. III) an sich zu vollziehen – exakt so wie vereinbart. Dennoch hat das Gesetz für den Bauvertrag durch § 650b BGB die Möglichkeit der Modifikation aufgezeigt. Ebenso verweisen auch § 645 I BGB, oder §§ 675 iVm. 665 BGB diesen Weg⁸⁴¹. Den schärfsten Fall der Modifikation, nämlich der Kündigung ohne Erfordernis einer Kündigungsgrunds, erlaubt § 648 BGB.

Basierend auf dem Grundgedanken der Privatautonomie versuchen die Vertragsparteien regelmäßig, Modifikationsrechte gegenüber dem gesetzlichen Äquivalent zu modifizieren und die sich daraus ergebenden Konsequenzen zu erfassen, die im gesetzlichen Ausgangspunkt auf eine automatische Folge der Preisbildung nach § 650c BGB hinauslaufen (§§ 650 b BGB bewirkt die automatische Folge des § 650c BGB kraft Gesetzes⁸⁴²).

Das gesetzliche Äquivalent schafft eine Notwendigkeit zur Intervention durch die Parteien, weil es aus Sicht der Bauverträge massiv problembehaftet ist:

- Das Modell der Änderung bei Einvernehmen gem. § 311 I 1 2. Alt BGB wird den Erfordernissen des Baus nicht gerecht⁸⁴³.
- Nur innerhalb des Anwendungsbereichs des § 650c BGB, der eine Anordnung nach § 650b BGB zum Gegenstand hat, gibt es eine Regelung zur Preisbildung, ansonsten nicht.
- Es fehlt an jeglichen Regelungen zur Fortschreibung der Zeit im Falle der Modifikation⁸⁴⁴.
- Der Anwendungsbereich des Modifikationsrechts gem. § 650b BGB ist mehrfach problembehaftet.
- Das Gesetz bringt ein zweistufiges Modell zur Anwendung und gebietet den Vertragsparteien vorrangig eine Einigung⁸⁴⁵.

Daneben gibt es auch noch faktische Notwendigkeiten:

- In der Praxis entsteht nach Vertragsschluß immer wieder Anpassungsbedarf⁸⁴⁶.
- Nutzerbedarf und -wünsche können sich während der Projektrealisierung verändern⁸⁴⁷.
- Mit Blick auf § 648 BGB muss man konstatieren, dass das BGB dem Unternehmer keinen Anspruch zubilligt, das Bauvorhaben wie geplant durchzuführen, stattdessen verweist auch § 648 BGB auf den Mechanismus des

⁸⁴¹ Peters: Weisungen des Bestellers nach VOB/B und BGB, NZBau 2012, 615, Ziffer 2

⁸⁴² Kniffka *ibrOK BauVertrR/von Rintelen*, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650c Rn. 1, *MüKoBGB/Busche*, 9. Aufl. 2023, BGB § 650c Rn. 1

⁸⁴³ Kniffka *ibrOK BauVertrR/von Rintelen*, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650b Rn. 2

⁸⁴⁴ Markus: Anforderungen an die Begründung von Ansprüchen wegen bauzeit-verlängernden Behinderungen, NZBau 2014, 688ff

⁸⁴⁵ Langen / Berger / Dauner-Lieb, *Kommentar zum Bauvertragsrecht*, 2. Auflage 2022, § 650c BGB, Rn. 7

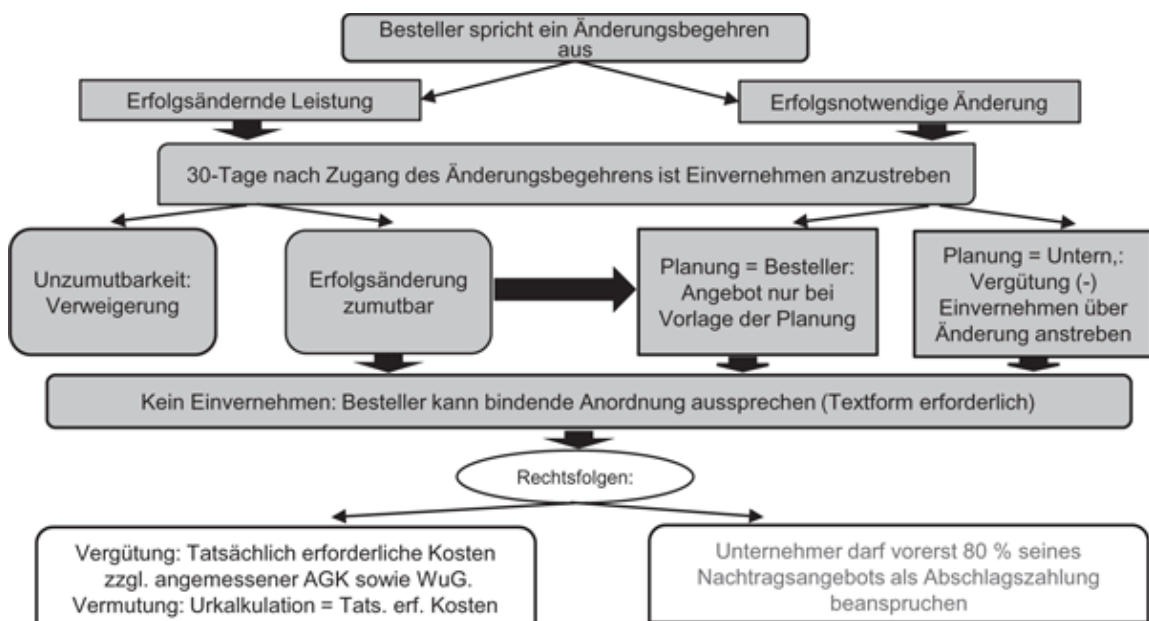
⁸⁴⁶ BGH NJW 1996, 1346, 1347 V 2 b a.E.

⁸⁴⁷ Kniffka-von Rintelen, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, 24. Aktualisierung 2021, Stand: 07.06.2021, 29.1.1 I Rn. 2

Duldens § 648 S 1 BGB und Liquidierens § 648 S. 2 und 3 BGB⁸⁴⁸ und billigt dem Unternehmer also nur einen Schutz seiner finanziellen Interessen zu⁸⁴⁹.

4.3.1 Ansätze auf der Grundlage deutschen Rechts

Seit der Einführung von § 650b BGB gehört das Anordnungsrecht des Bestellers zum gesetzlichen Leitbild (ebenso wie die Kostenfolge des § 650c BGB)⁸⁵⁰. Wie allerdings schon oben aufgezeigt, sind dem Anordnungsrecht nach § 650b BGB eine Verhandlungsphase von 30 Tagen mit einige Aufgaben an die Parteien (u.a. hinsichtlich der Planung) sowie das Korrektiv der Zumutbarkeit vorgelagert. Grafisch lässt sich dies etwas so darstellen⁸⁵¹:



Die in der Praxis gängigen Vorgehensweisen setzen auf allen Stufen dieses Ablaufschemas an:

- Auftraggeber tendieren dazu, die Stufe der Verhandlung und des Änderungsbegehrens aufzuheben, ein sofortiges Anordnungsrecht wird vorgesehen. Klassische Vorbilder hierfür sind § 1 Abs. 3 VOB/B, § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B oder § 2 Abs. 1 VOL/B.

⁸⁴⁸ Kniffka-von Rintelen, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, a.a.O., Peters: Weisungen des Bestellers nach VOB/B und BGB NZBau 2012, 615, II 1 a

⁸⁴⁹ Peters a.a.O

⁸⁵⁰ Roquette/Schweiger, *Vertragsbuch Privates Baurecht*, 3. Auflage 2020, C I 6, Rn. 25, Popescu *BauR* 2019, 317, 319, MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 650a Rn. 6, Markus / Kapellmann / Pioch, *AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln*, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 216, BeckOGK-Mundt, 01.10.2022, § 650b BGB Rn. 251.

⁸⁵¹ Popescu: *Die VOB/B und das neue gesetzliche Leitbild zur Anordnung und Preisanpassung - BauR* 2019, 317, 322

- Auftragnehmer tendieren dazu, die Phase zu verlängern oder gar auf das gesetzliche Grundprinzip des § 311 Abs. 1 S. 1 BGB zurückzugehen, wonach umfassende Einigung erforderlich ist (Änderungsvertrag).
- Die Verhandlungsphase wird modifiziert, in der Regel durch Verkürzung der 30-Tage-Frist oder durch Einschränkung oder Ausweitung der „Zumutbarkeit“ und der Beweislast für die Umstände, aus denen sich die (Un-)Zumutbarkeit ergibt.
- Der Bezugsgegenstand des Anordnungsrechts wird modifiziert: wie schon oben (2.5.1.1 und Fn. 410, 411) gesagt, umfasst das Anordnungsrecht nach nicht unumstrittener Meinung das zur Änderung des Bauinhalts, aber nicht der Baumstände und der unmittelbaren Anordnung zur Bauzeit.
- Die Folgen aus einer Anordnung werden modifiziert.

4.3.1.1 Die Regelungen in §§ 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 VOB/B

Ein sehr deutlicher Fall der Inkongruenz zu § 650b BGB liegt in §§ 1 Abs. 3 bzw. 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B⁸⁵². Es fehlen zumindest dem Wortlaut nach eine vorherige Stufe des Einigungsversuchs, ein dafür reservierter Zeitraum sowie das Korrektiv der Zumutbarkeit.

Schon vor Einführung des Bauvertragsrechts war die AGB-rechtliche Rechtmäßigkeit bei isolierter Inhaltskontrolle umstritten⁸⁵³, daran hat sich nichts geändert⁸⁵⁴. Hier von Interesse sind jedoch vor allem – im Lichte der Schaffung des Vertragsäquivalents- die Gründe, denn sie sind es, die auch die Verhandlung beeinflussen können.

§ 1 Abs. 3 VOB/B fehle das Korrektiv der Zumutbarkeit, woraus ein Zwang zur Ausführung resultiere⁸⁵⁵. Bei § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B sei ein Verweigerungsrecht dagegen schon gegeben, wenn der Betrieb nicht darauf eingerichtet sei. Dies sei weiter gefasst als das Korrektiv der Zumutbarkeit.⁸⁵⁶

Es müsse berücksichtigt und sichergestellt werden, dass Äquivalent durch die wirtschaftliche Folge des § 2 Abs. 5 VOB/B vollständig gewahrt bleibe⁸⁵⁷, Anordnung und Kostenfolge müssen stets zusammen bewertet werden⁸⁵⁸.

⁸⁵² Orlowski, BauR 2017, 1427, 1436

⁸⁵³ BeckOK VOB/B/Wieseler, 50. Ed. 31.1.2023, VOB/B § 1 Abs. 3 Rn. 40, für die Vereinbarkeit Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 1 Rn. 130 m.w.N. in Fn. 411, gegen eine Vereinbarkeit: Markus/Kaiser/Kapellmann/Markus Rn. 69; Bruns ZfBR 2005, 525 ff.; Oberhauser BauR 2010, 308 (315); Reichert BauR 2015, 1549 (1554); Kaufmann BauR 2005, 1806 (1808) und Jahrbuch BauR 2006, 35 (52),

⁸⁵⁴ Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 1 Rn. 130, BeckOK VOB/B/Wieseler, 50. Ed. 31.1.2023, VOB/B § 1 Abs. 3 Rn. 42 (offen), für Wirksamkeit: Retzlaff BauR 2017, 1747, 1796; von Rintelen NZBau 2017, 305; Kapellmann NZBau 2017, 635, 638 f.; Putzier NZBau 2018, 131, 132; Kapellmann/Messerschmidt-von Rintelen § 1 Rn. 135– 137 und Janssen/Fischer NZBau 2021, 219

⁸⁵⁵ BeckOK VOB/B/Wieseler, 50. Ed. 31.1.2023, VOB/B § 1 Abs. 3 Rn. 43,

⁸⁵⁶ BeckOK VOB/B/Wieseler, 50. Ed. 31.1.2023, VOB/B § 1 Abs. 3 Rn. 43

⁸⁵⁷ Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 1 Rn. 132, Orlowski, BauR 2017, 1427, 1436,

⁸⁵⁸ Orlowski a.a.O, Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 4. Teil D II 2 b Rn. 344

4.3.1.2 Modifikation der Verhandlungsstufe als solcher durch Rückkehr zum reinen Konsens nach § 311 I 1 BGB

Eine Regelung, wonach (anstelle der einseitigen Anordnung) stets eine Einigung erforderlich ist, kehrt zum gesetzlichen Modell des § 311 Abs. 1 S. 1 BGB zurück und wird daher auch AGB-rechtlich nicht zu beanstanden sein. Unpraktikabel, weil blockierend, ist sie – gemessen am Interesse eines zügigen Baufortschritts – dennoch. Auch der Gesetzgeber hat durch die Ausgestaltung des Bauvertragsrechts dem Gedanken des Duldens und Liquidierens den Vorrang gegeben (siehe oben 2.1 a.E.).

4.3.1.3 Modifikation der Verhandlungsstufe

Die Verhandlungsphase gem. § 650b BGB ist Ausdruck der Kooperationspflicht der Parteien, erst danach soll eine einseitige Anordnung möglich sein⁸⁵⁹.

Die 30-Tage-Frist, die § 650b II 1 BGB für die Verhandlungsphase vorsieht, dürfte als gesetzliches Leitbild anzusehen sein, so dass eine Abweichung als AGB-widrig zu betrachten wäre⁸⁶⁰, wenngleich sie in der Schnelligkeit und schnellen Veränderlichkeit der Bauprojekte viel zu lang scheint.

Gesetzlich bedeutsam ist in dieser Stufe zudem die Zuweisung der Planungspflicht. Obliegt sie im Hauptvertrag dem Auftraggeber, hat er sie nach dem Grundsatz „wer einmal plant, plant immer“ auch bei der Leistungsmodifikation zu besorgen⁸⁶¹. Eine naheliegende Modifikation, die einer Partei nach dem Hauptvertrag obliegende Planungspflicht selbst durch Anordnung auf die andere Vertragspartei zu übertragen, erscheint nur schwerlich zumutbar⁸⁶² und jedenfalls risikoerhöhend, wenn der dadurch planungsverantwortlich werdenden Partei die Gesamtschau aller Informationen für das Projekt und dessen Funktionalität und Abhängigkeit bspw. zu Nebengewerken und/oder auch die Möglichkeit von deren Beeinflussung fehlt.

Wie die Planungspflicht ist auch die Pflicht zur Vorlage eines Angebots durch den Auftragnehmer eine Rechtspflicht⁸⁶³. Es wird also mit guten Argumenten vertreten, dass eine vollständige Abkehr zumindest durch AGB nicht möglich sei⁸⁶⁴.

Im Interesse der Kooperation sollte man also die Instanzen der Verhandlung, Angebot und Planung nicht vollständig aufgeben. Nur so erreicht man den frühzeitigen Konsens, eine frühzeitige Klärung der Kosten (und in der Regel auch

⁸⁵⁹ Abel, Schindler, BauR 2023, 717, 733 AGB-Kontrolle nach gesetzlichem Bauvertragsrecht

⁸⁶⁰ Roquette/Schweiger- Ritter/Schätzlein, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Auflage 2020, E II 6 m ee Rn. 292

⁸⁶¹ Abel, Schindler, BauR 2023, 717, 733, NWJS/Kues, 5. Aufl. 2019, VOB/B § 2 Rn. 280, Beck VOB/B/Jansen, 3. Aufl. 2013, VOB/B § 1 Abs. 3 Rn. 17

⁸⁶² Abel, Schindler, BauR 2023, 717, 734

⁸⁶³ Abel, Schindler, BauR 2023, 717, 734, Althaus, BauR 2017, 412, 415 f.; Hettler/Halbgewachs, BauR 2021, 1021, 1027, Langen / Berger / Dauner-Lieb, Kommentar zum Bauvertragsrecht, 2. Auflage 2022, § 650b BGB, Rn. 127

⁸⁶⁴ Vgl. Althaus, BauR 2017, 412, 416, Langen/Berger/Dauner/Lieb-Langen, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, BGB § 650b, Rn. 30, Staudinger-Leupertz (2019), Anh zu §§ 305 bis 310 Rn. B 1, Rn. B 51, Abel, Schindler BauR 2023, 717, 738

der Bauzeitfolgen). Nicht zuletzt erzieht die Planungspflicht die Parteien dazu, sich mit der Modifikation detailliert auseinanderzusetzen – und nicht nur (wie leider in der Praxis häufig anzutreffen) diffuse Bekundungen abzugeben, die mitunter zu mehrfachen Überarbeitungen bis zur Ausführungsreife zwingen.

In der Praxis häufig anzutreffen ist die Ausweitung der Leistungsmodifikation von Bauinhalten auch auf Baumstände, darunter insbesondere auf die unmittelbare Modifikation der Bauzeit (regelmäßig mit den Wirkungen einer Beschleunigung, der Notwendigkeit zur Personal- und Ressourcenerhöhung, des Mehrschichtbetriebs, der Mehrarbeitszeit für das Projektpersonal oder kombinierten Wirkungen). Jedenfalls wird dies nicht dazu führen dürfen, dass das Recht zur Modifikation eine Neuplanung/Neuanfertigung mit neuen Leistungsinhalten, d.h. einem *aliud* führt⁸⁶⁵.

Im übrigen wird darauf hingewiesen, dass analog § 315 BGB eine Leistungsänderung stets auf billigem Ermessen beruhen müsse und dem Auftragnehmer im Falle der Unbilligkeit ein Zurückweisungsrecht zustehen müsse⁸⁶⁶. Dies knüpft in § 650b BGB an das Zumutbarkeitskriterium § 650b I 3 und 4 BGB an.

Die Leistungsänderung darf auch nicht willkürlich sein⁸⁶⁷. Hinsichtlich der Bauzeit wird zu recht darauf hingewiesen, dass nach dem Leitbild des § 650b BGB der Erfolg durch Modifikation erreicht oder geändert werden soll. Dogmatisch verkörpert sich der werkvertragliche Erfolg im Werk, dagegen nicht in der Bauzeit⁸⁶⁸. Im Übrigen greift eine solche Anordnung in Bauzeit und sonstige Baumstände in den nach dem gesetzlichen Äquivalent und letztlich Art. 12 GG dem Unternehmer zugewiesenen Bereich der Unternehmerhoheit ein und werkvertraglich in die Risikoverteilung⁸⁶⁹; dem stehen sicherlich im B2B-Bereich auch die mit dem Projekt verbundenen wirtschaftlichen Interessen des Auftraggebers gegenüber, die dann im Einzelfall gewichtet werden müssen.

Rein praktisch ist daneben zu beachten, dass im Moment der Vertragsverhandlungen noch gar nicht absehbar ist, welche konkreten Anwendungssituationen während des laufenden Projekts eintreten werden, d.h. es ist objektiv damit zu rechnen, dass sich auch Situationen ergeben werden, die mit den am Projekt vorhandenen Ressourcen und Personalkapazitäten nicht umsetzbar sind und dann an faktische Grenzen des Machbaren stößt. Dies greift das gesetzliche Leitbild in § 650b I Sätze 3 und 4 BGB unter dem Kriterium der Zumutbarkeit auf.

⁸⁶⁵ Werner/Pastor Rn. 1454, BeckOK VOB/B/Wieseler, 50. Ed. 31.1.2023, VOB/B § 1 Abs. 3 Rn. 33, Kniffka/Koebler/Jurgetleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 4. Teil D II 2 b Rn. 165a,

⁸⁶⁶ BeckOK VOB/B/Wieseler, 50. Ed. 31.1.2023, VOB/B § 1 Abs. 3 Rn. 34, zweifelnd Kniffka/Koebler/Jurgetleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 4. Teil D II 2 b Rn. 167

⁸⁶⁷ Kniffka/Koebler/Jurgetleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 4. Teil D II 2 b Rn. 343

⁸⁶⁸ Kniffka/Koebler/Jurgetleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 4. Teil D II 2 b Rn. 339.

⁸⁶⁹ Abel, Schindler BauR 2023, S. 717, 740, BGH (VII ZR 54/96), BGH BauR 1997, 1036, 1037 „ECE-Entscheidung“, Klausel 12, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 221, Kapellmann/Schiffers/Markus, Bd. 1, Rn. 785 ff in Kapellmann/Messerschmidt-v. Rintelen, § 1 VOB/B Rn. 57; Thode, ZfBR 2004, 214, 221 ff.; Markus, NJW 2007, 545, 548; Markus, NZBau 2006, 537, 538

Man wird also in Ansehung des Vorstehenden und objektiv vernünftiger Parteien in der Herstellung des Vertragsäquivalents sicherstellen müssen, dass die Parteien regelmäßig miteinander auf der Grundlage eines klar definierten Bausolls der Leistungsmodifikation und einer klaren Vorstellung über die wirtschaftlichen und zeitlichen Folgen zunächst miteinander reden, bevor eine Seite im Scheiternsfall eine Anordnung treffen kann, die dann die vertraglich geregelte automatische Folge einer angemessenen Bauzeit- und Vergütungsanpassung bewirkt, begrenzt durch eine Abwägung der beiderseitigen Interessen und der Zumutbarkeit für jede Partei.

4.3.1.4 Zumutbarkeit

Jedenfalls durch AGB wird eine vollständige Abkehr vom Korrektiv der Zumutbarkeit nicht möglich sein⁸⁷⁰ und ist nach dem in 4.3.1.3 Gesagten fortwährendes unverzichtbares Korrektiv.

Als Argument hierfür wird u.a. auch das Prinzip der negativen Vertragsfreiheit Art. 12 GG angeführt⁸⁷¹. Ein Anordnungsrecht bewirkt einen Vertragsinhalt, der nicht dem ursprünglichen Vertragskonsens unterliegt, und wird deshalb nur dann akzeptabel sein, wenn auch den Interessen des Betroffenen angemessen Rechnung getragen wird⁸⁷².

4.3.2 Einzelne AGB-Regelungen

In der Praxis sind etliche Regelungen in diesem Themenkreis bekannt, so bspw.:

Der Auftraggeber darf vom Auftragnehmer zusätzliche, im Vertrag nicht genannte Leistungen ohne besondere Vergütung verlangen, wenn sie zur Erfüllung der vertraglichen Leistung notwendig werden.

Neben den vorstehenden Überlegungen wird gegen diese Klausel eingewandt, dass das Prinzip der Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung nicht gewahrt wird⁸⁷³.

Ähnliches gilt für die Formulierung

Auf Verlangen des Auftraggebers hat der Auftragnehmer zusätzliche Leistungen zu übernehmen.

Erschwerend kommt hinzu, dass hier gar nicht klar ist, ob überhaupt eine Vergütungsfolge eintreten soll; zudem erstreckt sich der Wortlaut auch auf solche zusätzlichen Leistungen, für die kein anerkanntes Interesse des Auftraggebers besteht⁸⁷⁴.

⁸⁷⁰ Messerschmidt/Voit/Rintelen, 4. Aufl. 2022, BGB § 650b Rn. 125, Franke / Kemper / Zanner / Grünhagen / Mertens, VOB-Kommentar, 7. Auflage 2020, § 1 VOB/B, Rn. 46

⁸⁷¹ Abel, Schindler, BauR 2023, 717, 732 AGB-Kontrolle nach gesetzlichem Bauvertragsrecht

⁸⁷² Abel, Schindler BauR 2023, 717, 740

⁸⁷³ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 217

⁸⁷⁴ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 218

Beachtenswert sind aber auch Klauseln, die von Auftragnehmern verwendet werden, liefern doch auch sie Argumente für die Verhandlung, so bspw.:

Handelsübliche Farb-, Struktur- und Maserungsabweichungen vom vorgelegten Muster bleiben vorbehalten.

Der Begriff der „Handelsüblichkeit“ ist zu unklar und trägt den Interessen des Bestellers nicht hinreichend Rechnung. Im Übrigen würde eine Festlegung des Geschuldeten durch Bemusterung durch eine solche Regelung unterlaufen und bewirkt damit einen Teilausschluß einer Mängelhaftung nach dem rein gesetzlichen Äquivalent⁸⁷⁵.

Aus ähnlichen Gründen scheitert eine Formulierung wie⁸⁷⁶:

Grundlage der Bauausführung ist diese Baubeschreibung. Änderungen der Bauausführung, der Material- bzw. Baustoffwahl, soweit sie gleichwertig sind, bleiben vorbehalten.

Gleiches gilt, wenn sich der Auftragnehmer sich das Recht zur Leistungsänderung unter der alleinigen Voraussetzung der Gleichwertigkeit ausbedingen will⁸⁷⁷. Argumentativ wird hier darauf hingewiesen, dass Leistungsänderungen stets auch erforderlich sein müssen⁸⁷⁸.

Letztlich rückt somit für die Verhandlung wieder der Aspekt der Wahrung des Äquivalents zwischen Leistung und Gegenleistung in den Fokus; ebenso die Überlegung der Klarheit und automatischen Auslösung einer Kosten- und Zeitfolge durch eine berechnete und zumutbare Modifikation.

Man wird also letztlich gut beraten sein, diese Punkte in der Verhandlungsführung und im Vertragsäquivalent mit einzustellen.

4.3.3 Bereicherungsmöglichkeiten aus anderen Rechtsordnungen und -quellen

Viele andere Rechtsordnungen enthalten gar kein geregeltes Werkvertragsrecht (bspw. England), manche nur eine einheitliche Behandlung mit dem Dienstvertrag (bspw. Italien), manche wie bspw. Frankreich, Belgien, Luxemburg oder Spanien eine Verklammerung von Dienst-, Werk- und Mietvertrag⁸⁷⁹, in Frankreich bspw. unter dem Klammerbegriff „Contrat de luage“ (Art. 1708, 1779 Code Civile) die Varianten „luage des chose“ und „luage d’ouvrage et d’industrie“,

⁸⁷⁵ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 223

⁸⁷⁶ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 224

⁸⁷⁷ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 225

⁸⁷⁸ LG Hildesheim, Bau R 2015, 1191, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 225b

⁸⁷⁹ <https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Werkvertrag>

in Luxemburg ähnlich (Art. Art. 1708, 1779 Code Civile), wo dann bspw. in Art. 1710 Code Civile das Verbindende betont wird: *Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles.*

Eine Trennung weisen jedoch bspw. das deutsche, das schweizer und das österreichische Recht auf⁸⁸⁰. Das ausdrückliche gesetzliche Recht zur Leistungsmodifikation kennt aber insoweit auch nur das deutsche Recht. Österreich und die Schweiz überlassen es den Parteien, dies privatautonom zu regeln.

In diese ungeregelte Lücke stoßen Vertragsmuster:

Finnland

In Finnland bspw. hat sich als Standard der Text der Rakennusurakan yleiset sopimusehdot - Allmänna avtalsvillkor för byggnadsentreprenader, aktuell aus dem Jahr 1998 herausgebildet, geläufiger unter der Bezeichnung YSE 1998.

Nach dessen Kapitel 6 hat der Unternehmer grundsätzlich (§ 43 Nr. 1) alle vom Besteller verlangten Modifikationen, d.h. Änderung von etwas vertraglich bereits Vereinbartem sei es Änderung, Erhöhung oder Reduzierung⁸⁸¹ auszuführen, es sei denn, dies würde signifikant die Natur des Werks ändern („*The contractor is obliged to implement the modifications demanded by the client unless they would significantly alter the nature of the building contract work.*“). Voraussetzung ist eine klar bestimmte Modifikation (§ 43 Nr. 2 Satz 1: *Modifications must be clearly indicated to the contractor.*), woraufhin der Unternehmer unverzüglich ein Angebot legen muss (§ 43 Nr. 2 Satz 2: *The contractor must submit a tender for the modification work, and the client must process it, without delay.*).

Grundsätzlich haben die Parteien eine schriftliche Vereinbarung hierüber zu treffen, bevor ausgeführt wird (§ 43 Nr. 2 Satz 3: *Work on the modification may not proceed before agreement has been reached in writing on the nature of the modification and its effect on the building contract.*) Ausnahmsweise kann der Auftraggeber jedoch sofort eine Anordnung treffen bei kleinen und dringenden Modifikationen (§ 43 Nr. 3), sofern die Anordnung im Bautagebuch notiert wird. Eine schriftliche Einigung über die Auswirkungen der Anordnung muss umgehend danach erfolgen (§ 43 Nr. 3: *Notwithstanding the previous paragraph, an order may be issued for small and urgent modifications without the need for written agreement by a person duly authorised by the client in the manner stated in §59 paragraph 4. The order must be entered in the site diary. The effect of the modification on the contract price must be agreed in writing as soon as possible.*).

Ergänzend regelt dann § 44 die Folgen für Kosten und Zeit. Liegt jedoch keine Modifikation nach § 43, sondern eine zusätzliche Leistung vor, hat vor Ausführung stets eine schriftliche Einigung zu erfolgen (§ 46). Eine Pflicht zur Einigung besteht jedoch nicht.⁸⁸²

⁸⁸⁰ <https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Werkvertrag>

⁸⁸¹ https://www.bergmann.fi/d/article/leistungsanderungen_in_yse_1998_vertragen

⁸⁸² https://www.bergmann.fi/d/article/leistungsanderungen_in_yse_1998_vertragen

Anders ist dies für Modifikationen: Ist zwischen den Parteien streitig, ob eine Leistung zum Vertragsumfang gehört oder eine Modifikation darstellt, oder wird man sich nicht über die Auswirkungen einer Modifikation einig, ist der Unternehmer nach § 90 (disputed work) verpflichtet, die streitgegenständliche Leistung auf Verlangen des Bestellers zeitgerecht auszuführen, und der Besteller ist verpflichtet, nach Ausführung entsprechend der Kostenermittlung nach § 44 zu zahlen (§90: *If the contracting parties do not reach agreement over whether some particular work forms part of the building contract, or if they do not agree over the affect of modifications under §43 on the contract price, the contractor must nevertheless, at the demand of the client, complete this work at the right time. If it is found that the disputed work will bring about a change in the contract price or contract period, these changes shall be determined according to §44. The client, however, on the request of the contractor, must pay for the part of the disputed work regarded as undisputed, immediately upon its completion.*)

Schweden

Vergleichbares findet sich in Schweden als „allmänna bestämmelser (aktuelle Fassung 2004)“ kurz „AB 04“ für Bauwerke, Bauarbeiten und Installationen (oder, sofern der Unternehmer auch Planungspflichten hat) unter den ABT 06⁸⁸³. Auch die AB 04 differenziert in Modifikation und Zusatzleistung. Als Modifikation (*Alterations and Additions: Alterations and Additions directly connected with the Contract Works and not essentially different in nature from these, together with work to be deducted.*⁸⁸⁴) versteht man letztlich dasselbe wie die YSE 1998.

Im Unterschied zu Finnland oder Deutschland wird für die Modifikation der direkte Bezug (*directly connected*) verlangt⁸⁸⁵. Dann kann der Besteller die schriftlich, in einem Besprechungsprotokoll oder einer Notiz (Kapitel 3 §§ 2-3) ⁸⁸⁶ vor Ausführung⁸⁸⁷ die Modifikation anordnen (Kapitel 2 § 3 und § 6), gleich ob es sich um Modifikation oder Zusatzarbeit handelt, ansonsten nicht.⁸⁸⁸

Grundsätzlich stellt Kapitel 6 § 2 dann sicher, dass der Unternehmer Kompensation erlangt, allerdings ist für den Unternehmer die Regelung des Kapitel 2 § 8 mißlich, wonach er für Anordnungen, die nur mündlich ergehen, keinen Anspruch auf Vergütung oberhalb des vereinbarten Werklohns erhält, es sei denn eine solche Folge wäre unvernünftig (*unless such a consequence would be unreasonable*)⁸⁸⁹. Mangels schwedischer Judikatur hilft insoweit nur der Verweis auf die Erläuterungen des herausgebenden schwedischen Verbands; sie benennen beispielhaft folgende Fälle⁸⁹⁰:

⁸⁸³ <https://www.boverket.se/en/start/building-in-sweden/swedish-market/procurement/standard-agreements/>

⁸⁸⁴ ISAK WILLBORG, *The Scope of Work According to AB 04, 2020-2021 Nr. 4*, Vid Stockholms Universitet, Särtryck U Juridisk Tydskrift, S. 11 <https://www.vinge.se/media/qhtnkvtv/jt-2020-21-nr-4-p-869-the-scope-of-work-according-to-ab-04.pdf>

⁸⁸⁵ Isak Willborg, a.a.O., S. 12,

⁸⁸⁶ Isak Willborg, a.a.O. S. 13

⁸⁸⁷ Isak Willborg, a.a.O., S. 13

⁸⁸⁸ Isak Willborg, a.a.O., S. 12

⁸⁸⁹ Isak Willborg, a.a.O., S. 12 u und 13

⁸⁹⁰ Isak Willborg, a.a.O. S. 13 und Fußnote 47

- Wenn der Auftraggeber es versäumt, den Auftragnehmer rechtzeitig von der Änderung zu benachrichtigen
- Wenn die Nachtragswürdigkeit zwischen den Parteien streitig ist, der Auftragnehmer gleichwohl ausführt und sich die Sicht des Auftragnehmers als zutreffend erweist
- Einbedürftigkeit vorliegt oder der Unternehmer gehindert ist, eine Nachtragsanzeige zu machen oder eine Anweisung abzuwarten

Daneben kennt Schweden noch Arbeiten, die einer Änderung und Erweiterung gleichwertig sind (Kapitel 2 § 4 Works equivalent to alterations and additions), und die die entsprechend gleiche Folge haben. Solche Leistungen sind

- Inkorrekte Angaben des Bestellers gem. Kapitel 1 § 6:

“Responsibility for the correctness of data, results of investigations and technical solutions rests with the party providing them. The same applies to Setting-Out provided by one of the parties.”⁸⁹¹

Diese Angaben umfassen die Planung⁸⁹², die Vollständigkeit aller auftraggeberseitigen Informationen⁸⁹³

- Die tatsächlichen örtlichen Verhältnisse und sonstigen bedeutsamen Umstände weichen von dem ab, was bei Angebotslegung erwartet werden darf (Kapitel 1 § 7), dabei ist auf die Verhältnisse und Umstände abzustellen, die bei einer zur Angebotslegung durchgeführten Ortsbegehung erkennbar waren oder gewesen wären (sofern der Unternehmer eine solche nicht durchgeführt hat)⁸⁹⁴
- Die Umstände gem. Kapitel 1 § 8 (*“If, at the time of submission of the tender, information relating to the Site or the area affected by the Total Works is lacking, the circumstances shall be assumed to be such as could have expected to prevail after expert assessment.”*) weichen ab.

In den finnischen Bedingungen der YSE 1998 finden sich die Vertragspflichten des Auftraggebers in § 8 (Client’s obligation to collaborate), § 13 Nr. 8 (Planungswidersprüche), § 16 (exceptional circumstances), so dass deren Verstoß ebenfalls zur Zeit- und Kostenanpassung führt (§ 19).

⁸⁹¹ Isak Willborg, a.a.O. S. 14

⁸⁹² Isak Willborg, a.a.O. S. 15

⁸⁹³ Isak Willborg, a.a.O., S. 15 unter Verweis auf Kapitel 1 § 6: *The Employer is assumed to have given in the Basis for Tender the information which can be obtained from professional inspection of the property or part of the property affected by the Contract Works* und S. 16 a.E.

⁸⁹⁴ Isak Willborg, a.a.O. S. 17 unter Verweis auf Kapitel 1 § 7: *“Before submitting his tender the Contractor is assumed to have obtained the knowledge of the Site and of other circumstances of importance to an assessment of what is required for the execution of the Contract Works that can be gained by visiting the place. This does not limit the Employer’s responsibility under § 6 of this Chapter.*

The Site shall be assumed at the time of being taken over by the Contractor to be in the same state as when the Contractor submitted his tender. If other work is to be carried out on the Site before the commencement of the Total Works, the Site shall be assumed at the time of being taken over by the Contractor to be in the same state as it could be assumed to have been after the execution of that work.”

Im Vergleich ergibt sich also, dass die deutsche gesetzliche Ausgestaltung insoweit der finnischen und schwedischen Lösung recht ähnlich ist.

Österreich

In Österreich ist als Vertragsmuster (ähnlich der VOB/B) insbesondere die ÖNorm B 2110 („Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen – Werkvertragsnorm“) geläufig. Es ist eine durch das Normungsinstitut Austrian Standards International (ASI) herausgegebene Vertragsschablone für den Werkvertrag (aufbauend auf dem gesetzlichen Werkvertragsrecht der §§ 1165 ff ABGB) und muss als allgemeine Geschäftsbedingung ausdrücklich in den Vertrag einbezogen werden.⁸⁹⁵

Nach 3.1 B 2110 versteht sich als Leistungsabweichung jede „*Veränderung des Leistungsumfanges entweder durch eine Leistungsänderung oder durch eine Störung der Leistungserbringung*“. Nach 7.1 B 2110 ist der Auftraggeber berechtigt, einseitig Leistungsänderungen anzuordnen, sofern diese zur Erreichung des Leistungsziels notwendig und sie dem Auftragnehmer zumutbar sind⁸⁹⁶, der Auftraggeber verpflichtet, sie auszuführen.

Dieses Anordnungsrecht ist eng verwandt mit dem aus § 1056 ABGB abgeleiteten Leistungsbestimmungsrecht (vergleichbar dem deutschen § 315 BGB)⁸⁹⁷. Leistungsänderungen in der B 2110 sind damit (wie in Finnland, Schweden oder Deutschland auch) anordnungsgebunden.⁸⁹⁸

Allerdings läßt B 2110 nur Änderungen des Bausolls, nicht aber des Leistungserfolgs zu⁸⁹⁹. Im Unterschied zu Deutschland gelten auch Störungen der Leistungserbringung (vgl. 3.5.2) als solche Modifikationen, sofern sie nicht aus der Sphäre des Auftragnehmers stammen⁹⁰⁰. Selbst die neutrale Risikosphäre wird somit dem Auftraggeber als Risiko zugewiesen⁹⁰¹.

Am Ende steht für den Auftragnehmer bei Befolgung der Anspruch eine Vergütung auf vertraglicher Grundlage 7.4 Abs. 2 lit. a B 2110⁹⁰², daneben können 7.3 und 7.4 zur Bauzeitverlängerung führen.

⁸⁹⁵ OGH 6 Ob 566/95 = ecolex 1995, 891, Karasek Skriptum zur Vorlesung B 2110, Uni Wien, S. 2 https://zivilrecht.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_zivilrecht/Zoechling-Jud/Karasek/Skriptum_OENORM_B2110_WS_2017.pdf

⁸⁹⁶ Karasek a.a.O, S. 22

⁸⁹⁷ Karasek a.a.O. S. 22.

⁸⁹⁸ Büschl, Mehrzeitforderungen, S. 11 Ziffer 3.2.1, und Fn. 10 verweisen auf Müller, Katharina/Goger, Gerald: Der gestörte Bauablauf. Wien. Linde Verlag 2016. S.20ff. <https://pub.fh-campus-wien.ac.at/obvfcwhsacc/download/pdf/8062768?originalFilename=true>

⁸⁹⁹ Kletečka, Beweisfragen im Zusammenhang mit Mehrkostenforderungen beim Bauwerkvertrag (Teil I), S. 2, https://verein-archimedes.at/fileadmin/user_upload/Dokumente/8_TJD_2017/4.Kletecka_Beweisfragen_iZm_Mehrkostenforderung_EF.pdf

⁹⁰⁰ Karasek a.a.O. S. 24,

⁹⁰¹ Büschl, a.a.O. S. 28, Ziffer 4.4 unter Verweis auf Müller, Katharina/Stempkowski, Rainer.: Handbuch Claim-Management. Rechtliche und bauwirtschaftliche Lösungsansätze zur Abwicklung von Bauprojekten für Auftraggeber und Auftragnehmer. 2. Auflage. Wien: Linde Verlag 2015. S.411ff.

⁹⁰² Karasek a.a.O. S. 22.

FIDIC

Anders als das englische Recht⁹⁰³, in deren Tradition die FIDIC-Bücher stehen (s.o. 4.1.2.5.2), kennen die Mustertexte der FIDIC ebenfalls Rechte zur Leistungsmodifikation: in Red Book, Yellow Book und Silver Book jeweils in Kapitel 13.

Wortlautidentisch ist dem Auftraggeber die Möglichkeit zur Variation eingeräumt (13.1). Dies umfasst jedoch nicht (anders als bspw. in Finnland) das Unterbleiben von Leistungen (13.1 2. Absatz), sondern nach 1.1.78 (Zitat) *any change to the Works, which is instructed as a variation under Clause 13 [Variations and Adjustments]*. Bei wortlautgetreuem Verständnis gehören hierzu keine nicht vereinbarten Leistungen, sondern nur die Änderung einer bereits geschuldeten Leistung⁹⁰⁴.

Auslöser kann eine Anordnung (instruction) des Auftraggebers sein (13.3.1 variation by instruction), allerdings auch angestoßen durch den Engineer und eines daraufhin erbrachten Vorschlag des Auftragnehmers (13.3.2 variation by request for proposal).

Interessant ist aber auch der Rückschluß aus 12.3 für das Red Book (denklogisch fehlend für das Silver Book, weil diesem eine Pauschalierung zugrundeliegt): hierin kommt die Vermutung zum Ausdruck, dass ein Leistungsverzeichnis vollständig ist und alle Leistungen, die dort aufgeführt werden, auch durch die vereinbarte Vergütung abgegolten sind (12.3, 3. Absatz: *“Any item of work which is identified in the Bill of Quantities or other Schedule, but for which no rate or price is specified, shall be deemed to be included in other rates and prices in the Bill of Quantities or other Schedule(s)”*⁹⁰⁵).

Ist jedoch eine Leistung vergessen worden, gilt dies nicht (12.3, 4. Absatz lit a: *A new rate or price shall be appropriate for an item of work if: (a) the item is not identified in, and no rate or price for this item is specified in, the Bill of Quantities or other Schedule and no specified rate or price is appropriate because the item of work is not of similar character, or is not executed under similar conditions, as any item in the Contract*).⁹⁰⁶

Hier liegen die Dinge also anders als im deutschen gesetzlichen Äquivalent, wo diese vergessenen Leistungen, zumindest wenn sie für die Erreichung des werkvertraglichen Erfolgs erforderlich sind, ein Änderungsbegehren und späterhin eine Anordnung rechtfertigen können⁹⁰⁷.

Interessant ist ein (gemessen an den vorstehenden Mechanismen) bestehendes Ungleichgewicht:

⁹⁰³ Hök: Preisfortschreibung und -anpassung nach FIDIC 2017: Forderungen (Claims), Leistungsänderungen (Variations) und Streitigkeiten (Disputes), ZfBR 2019, 211, 214

⁹⁰⁴ Roquette/Schweiger-Ritter/Schätzlein, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Auflage 2020, E II 6 m, Rn. 268

⁹⁰⁵ Hök: Preisfortschreibung und -anpassung nach FIDIC 2017: Forderungen (Claims), Leistungsänderungen (Variations) und Streitigkeiten (Disputes), ZfBR 2019, 211, 213 Ziffer 3,

⁹⁰⁶ Hök: Preisfortschreibung und -anpassung nach FIDIC 2017: Forderungen (Claims), Leistungsänderungen (Variations) und Streitigkeiten (Disputes), ZfBR 2019, 211, 213 Ziffer 3

⁹⁰⁷ BeckOK BGB/Voit, 65. Ed. 1.11.2022, BGB § 650b Rn. 6,

Aus der Instruction befolgt die Pflicht, die Variation auszuführen, soweit nicht einer der ausdrücklich benannten Umstände vom Contractor geltend gemacht wird (13.1. dritter Absatz):

The Contractor shall be bound by each Variation instructed under Sub-Clause 13.3.1 [Variation by Instruction], and shall execute the Variation with due expedition and without delay, unless the Contractor promptly gives a Notice to the Engineer stating (with detailed supporting particulars) that:

- (a) the varied work was Unforeseeable having regard to the scope and nature of the Works described in the Specification (für Red Book) / the Employer's Requirements (Silver und Yellow Book);*
- (b) the Contractor cannot readily obtain the Goods required for the Variation;*
or
- (c) it will adversely affect the Contractor's ability to comply with Sub-Clause 4.8 [Health and Safety Obligations] and/or Sub-Clause 4.18 [Protection of the Environment].*

sowie zusätzlich in Silver und Yellow Book

- (d) it will have an adverse impact on the achievement of the Schedule of Performance Guarantees; or*
- (e) it may adversely affect the Contractor's obligation to complete the Works so that they shall be fit for the purpose(s) for which they are intended under Sub-Clause 4.1 [Contractor's General Obligations].*

Eine daraufhin ergehende Entscheidung des Engineers, die auch sowohl die Bestätigung der Instruction, aber auch deren Modifikation oder Rücknahme beinhalten darf (13.1. 4. Absatz); gilt dann als Instruction.

Allerdings ist die Rechtsfolge aus einer angeordneten Variation keine automatische, weder in zeitlicher noch in wirtschaftlicher Hinsicht (wobei 13.3.2, sofern der Engineer einem Vorschlag des Unternehmers zustimmt, im Verfahren auf 13.3.1 verweist, d.h. die Dinge entweder in einem Dispute über 3.7 oder einer Einigung zumindest dem Grunde nach und zu einer einheitlichen weiteren Abwicklung nach 13.3.1 führen):

Liegt eine Instruction vor, hat der Auftragnehmer innerhalb von 28 Tagen eine detaillierte Aufbereitung vorzulegen (13.3 1), darunter auch ein modifizierter Bauablaufplan (programme, 13.3.1 b und ein proposal for adjustment, also ein Nachtragsangebot 13.3.1 c).

Über diese hat dann der Engineer nach 13.3.1 iVm 3.7 zu entscheiden oder es geht über 3.7 in einen Dispute über.

D.h. die FIDIC-Texte verlangen keine Verhandlungsstufe, sondern lassen den Engineer entscheiden. Weder Zeit- noch Kostenfolge sind eine automatische.

4.3.4 Fazit zum Eskalationsfeld Leistung – Modifikation – Kompensation

Das gesetzliche Äquivalent sieht vorab eine Verhandlungsstufe vor. Der internationale Vergleich zeigt, dass diese Verhandlungsstufe auch international

etabliert ist, auch in der extremsten Form nach dem Prinzip des Einvernehmens als Voraussetzung für die Ausführung. Allerdings kann dies zur Diskontinuität des Bauablaufs führen, hart formuliert: zu einer Blockademöglichkeit des Unternehmers.

Umgekehrt ist es aus Unternehmersicht problematisch, wenn aus dem Zwang der einseitigen Festlegung für ihn die unausweichliche Pflicht zur Ausführung erfolgt und damit einhergehend das Abwicklungs-, Zeit- und Kostenrisiko.

Je stärker der Grad der Verpflichtung zur Ausführung ist, desto stärker sollte auch der Grad der Verpflichtung zur Bezahlung und zur vertraglichen Vorgabe einer Berechnung (bspw. entsprechend § 650c BGB) sein. Ein Zwang zur Ausführung sollte nach Meinung des Verfassers auch den Zwang zur Bezahlung nach einem im Vertrag bereits klar festgelegten Preis (bspw. nach den Preisen der für die nicht-modifizierte Leistung, nach den Selbstkosten plus vereinbarten Zuschlag) zur Folge haben.

Allerdings sollte beiden Seiten die Möglichkeit gegeben werden, Unzumutbares abzuwenden. Die Geldbeutel des Auftraggebers sind ebensowenig unerschöpflich wie es die Ressourcen, Kenntnisse und Kostentragungsmöglichkeiten des Auftragnehmers sind.

4.4 Eskalationsfeld Zeit – Verzug – Kompensation

Wie bereits oben unter 2.5.1.4 gesagt, liegt die Dispositionsfreiheit über den Bauablauf grundsätzlich beim Auftragnehmer. Für Auftragnehmer ergibt sich aus dieser Situation heraus eigentlich kein Veränderungsdruck, sondern eher das Bestreben, dieses gesetzliche Äquivalent beizubehalten. Auftraggeber dagegen sind in der Praxis bemüht, dieses Äquivalent so zu ändern, dass sie Zugriff und Einwirkungsmöglichkeiten auf diesen Bauablauf erhalten.

Unabhängig davon versuchen beide Parteien in der Praxis, auf die Entstehung auf die juristischen Voraussetzungen der Anspruchsgrundlagen, die sie zur Haftung verpflichten, Einfluß zu nehmen, also Verzug (Schuldnerverzug §§ 280 ff, Gläubigerverzug §§ 293ff, 642 BGB), die Abhängigkeit vom Verschulden des Verantwortlichen und die Beweislast über das Vertreten-Müssen (mit Blick auf § 280 I 2 BGB) abweichend zu definieren.

Es ist aber schon hier darauf hinzuweisen, dass (im Rahmen der AGB-Kasuistik) die Rechtsprechung Klauseln rigoros für unwirksam erklärt, die eine Umgehung der gesetzlichen Verzugsvorschriften bewirken. Hier gibt es keinen nennenswerten Gestaltungsspielraum zu Gunsten des Verwenders⁹⁰⁸.

Es ist also gut, das gesetzliche Äquivalent hier genau zu kennen und entlang seiner Wertungen und Leitbilder zu verhandeln.

4.4.1 Ansätze auf der Grundlage deutschen Rechts

4.4.1.1 Ansätze aus dem gesetzliche Äquivalent

Schuldnerverzug bildet die Voraussetzungen sowohl für die in den §§ 280 ff BGB geregelten Rechtsfolgen als auch die für Entstehung der Vertragsstrafe §§339 ff BGB, 11 VOB/B. Vereinbarte Termine binden die Parteien im Werkvertrag unterschiedlich. Für den Auftragnehmer ist die Erfüllung der mit einem Termin verknüpften Leistung regelmäßig echte Vertragspflicht und Rechtspflicht⁹⁰⁹, die dafür erforderlichen Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers jedoch regelmäßig nur eine Obliegenheit⁹¹⁰. Aus den unterschiedlichen Tatbeständen des Schuldner- bzw. Annahmeverzugs entstehen Modifikationsansätze.

4.4.1.1.1 Kreis und Umfang der Verpflichtung:

Der Auftraggeber sieht sich im Werkvertrag vor allem mit Mitwirkungshandlungen, insbesondere Bereitstellungsobliegenheiten konfrontiert (siehe oben 2.4.2.2). Er hat dafür zu sorgen, dass der Auftragnehmer in die Lage versetzt wird, die geschuldete Bauleistung überhaupt zu erbringen und sie ordnungsgemäß und ohne rechtliche und tatsächliche Behinderung sachgerecht und ohne Verzögerung ausführen zu

⁹⁰⁸ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 386

⁹⁰⁹ Ingenstau / Korbion / Leupertz / von Wietersheim, VOB Teile A und B - Kommentar, 22. Auflage 2023, § 5 VOB/B, Rn. 34

⁹¹⁰ st. Rspr. BGH, vgl. bspw. BGH NJW 2000, 1336, 1337, 2 lit. b, Messerschmidt/Voit-von Rintelen, Privates Baurecht, 4. Auflage 2022, 1. Teil H V 3 c bb Rn. 145.

können. Hierzu gehört, dass die Baustelle frei von irgendwelchen Hindernissen oder Behinderungen ist, die der Verwirklichung des im Bauvertrag im Einzelnen umschriebenen Ausführungswillens des Auftragnehmers entgegenstehen können⁹¹¹.

Der Kreis der Mitwirkungshandlungen erschließt sich also vom Ergebnis her. Er ist daher eher weit gespannt. Auftraggeber versuchen regelmäßig, diesen Kreis zu verkleinern, indem sie im Vertrag die ihre Mitwirkungshandlungen abschließend im einzelnen positiv definieren und klarstellen, dass mehr nicht erbracht werde.

Dagegen sind die Aufgaben des Auftragnehmers – vermittelt über den Begriff der Pflichtverletzung gem. § 280 I 1 BGB – durch die Definition der Rechtspflichten im Vertrag klar umrissen. Wie schon oben unter 4.2 und 4.3 ausgeführt, versuchen Auftraggeber, diesen Pflichtenkreis möglichst weit zu spannen und insbesondere Pflichten, Risiken und Gefahrtragungen, die das gesetzliche Äquivalent Ihnen zuschreibt, vertraglich zu transferieren – auf Basis allgemeiner Geschäftsbedingungen mit mäßigen Erfolgsaussichten.

Letztlich stellen die Parteien die Weichen des vertraglichen Äquivalents schon durch die Definition der geschuldeten Leistung (siehe oben 4.2 und 4.3) und der vertraglichen Definition der Mitwirkungshandlungen des Bestellers.

Und wie schon oben, lohnt auch in diesem Bereich der Blick auf die Rechtsprechung zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen, liefern die dort genutzten Rechtsargumente doch auch Argumente für eine Vertragsverhandlung, wobei nachstehend beispielhaft, aber nicht abschließend Einzelfälle aufgezeigt werden:

Massenmehrungen und -minderungen und Zusatzleistungen berechtigen nicht zu einer Verlängerung der Ausführungstermine.

Diese AGB-widrige Regelung spricht mehrere Aspekte unzulässig an⁹¹²:

- dem Auftragnehmer werden Risiken aufgebürdet, die in ihrer Entstehung sowie ihrer Entwicklung gänzlich außerhalb seines Bereiches liegen und die er nicht steuern kann.
- Der Auftragnehmer kann insoweit sein Risiko bei der Angebotsabgabe auch nicht abschätzen.
- Die Regelung erlaubt dem Auftraggeber einseitige Vertragsänderungen ohne eine (teilweise) Änderung der Gegenleistung.
- der Verwender zeichnet sich mit dieser Regelung von Folgen eigener Nachlässigkeit bei der Ausschreibung frei. Die Klausel verstößt damit gegen die Wertung des § 309 Nr. 7 BGB, der dem Vertragspartner seine Rechte bei Nicht- oder Schlechterfüllung sichern soll und es dem

⁹¹¹ BeckOK VOB/B/Fuchs, 50. Ed. 31.7.2022, VOB/B § 4 Abs. 1 Rn. 1, Ingenstau / Korbion / Leupertz / von Wietersheim, VOB Teile A und B - Kommentar, 22. Auflage 2023, § 4 VOB/B, Rn. 1

⁹¹² Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 430, LG München (7 O 3095/88), Baurechts-Report 6/88.

Verwender daher verwehrt, sich von der Haftung von grobem Verschulden freizuzeichnen. Dies gilt auch im unternehmerischen Rechtsverkehr, jedenfalls soweit es sich um die Verletzung von Kardinalpflichten handelt.

Was sich als Schlagwort „Kardinalpflichten“ jedoch so eindeutig liest, ist es tatsächlich nicht: Welche Pflichten als Kardinalpflichten anzusehen sind, wird von der Rechtsprechung mehr gefühlt als begründet⁹¹³. Dazu passt, dass der BGH selbst, wird der Begriff „Kardinalpflichten“ in AGB verwendet, ihn für zu unbestimmt hält⁹¹⁴; ein Dilemma, das der BGH in einer Entscheidung zur Wirksamkeit von Formularbestimmungen bei KfZ-Händlern wie folgt offenbart:

Der Begriff der Kardinalpflichten „wird zwar in der Rechtsprechung des BGH verwendet und dort - vielfach mit dem Zusatz „so genannte“ versehen - entweder zur Kennzeichnung einer konkret beschriebenen, die Erreichung des Vertragszwecks gefährdenden, wesentlichen Pflichtverletzung gebraucht (NJW-RR 2004, 900 = WM 2004, 486 unter II 1; NJW-RR 2001, 768 = WM 2001, 134 unter I 2b; NJW 2000, 3275 = WM 2000, 1548 unter II 4; NJW-RR 2000, 998 = WM 2000, 426 unter II 3) oder wie unter a abstrakt erläutert als Pflicht, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Vertragspartner regelmäßig vertrauen darf (TranspR 2002, 448 unter II 2b; BGHZ 149, 89, 96 = NJW 2002, 673; BGHZ 145, 203, 244 = NJW 2001, 292). Es kann jedoch nicht erwartet werden, dass der durchschnittliche Händler als juristischer Laie den Inhalt dieser Rechtsprechung kennt. Ihm erschließt sich deshalb ohne nähere Erläuterung auch bei aufmerksamer und sorgfältiger Lektüre des Vertrags nicht, was mit „Kardinalpflichten“ gemeint ist.

Daran ändert sich auch nicht, dass mittlerweile diese unklare Definition in § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB aufgenommen wurde.

Unstreitig und klar ist allenfalls, dass die vertraglichen Hauptleistungspflichten als Kardinalpflichten anzusehen sind⁹¹⁵. Geklärt ist zudem, dass jedenfalls ein vollständiger Haftungsausschluß bei Verstoß gegen eine Kardinalpflicht nicht gebilligt wird oder der Verwender in besonderem Maße Vertrauen in Anspruch nimmt⁹¹⁶. Bei leichter Fahrlässigkeit ist jedoch eine Beschränkung der Haftung auf die vertragstypischen, vorhersehbaren Schäden möglich⁹¹⁷.

⁹¹³ MüKoBGB/Wurmnest, 9. Aufl. 2022, BGB § 309 Abs. 7 Rn. 26

⁹¹⁴ MüKoBGB/Wurmnest, 9. Aufl. 2022, BGB § 309 Abs. 7 Rn. 26, BGH NJW-RR 2005, 1496, 1505 X 2 b

⁹¹⁵ MüKoBGB/Wurmnest, 9. Aufl. 2022, BGB § 309 Abs. 7 Rn. 26, BGH NJW 1994, 1060, 1063; BGH NJW 2002, 673, 675 m.w.N.; BGH NJW 2005, 1774

⁹¹⁶ BGH NJW 01, 302; BGH NJW 1993, 335, auch bei summenmäßiger Haftungsbegrenzung, BGHZ 138, 133; NJW 01, 295, Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, § 307 BGB, Rn. 26

⁹¹⁷ Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, 4. Aufl. 2022, BGB § 639 Rn. 40,

Am Ende muss es die Kasuistik richten. Für das Verhandeln ist es also erforderlich, die der eigenen Verhandlungsstrategie entsprechenden Urteile zu kennen und ggf. parat zu haben.

Ein weiterer Aspekt ergibt sich aus den Argumenten, die für die Unwirksamkeit der folgenden Regelung angeführt werden:

Eine Verlängerung der für die Leistungen des Auftragnehmers vorgesehenen Ausführungszeit kommt unter keinen Umständen in Betracht.

Auch diese AGB-widrige Regelung würde bewirken, dass der Auftragnehmer zu überobligatorischen Leistungen (Beschleunigung) verpflichtet wird, nämlich im Falle von Verzögerungen, die vom Auftraggeber verursacht werden. Des Weiteren hätte der Auftragnehmer auch die (zeitlichen) Risiken für Zufall zu tragen.⁹¹⁸

Im Falle der Behinderung wird die Fertigstellung um die Behinderungszeit, maximal für fünf Arbeitstage, verlängert.

Auch diese Klausel begegnet vielen Bedenken⁹¹⁹:

- selbst bei vorsätzlicher Herbeiführung einer Behinderung durch den Verwender würde er seine Verantwortung und sein Risiko auf maximal 5 Tage begrenzen und im übrigen Haftung und Risiko dem Auftragnehmer überwälzen.
- Der Auftragnehmer kann diese Risiken, die vollständig außerhalb seiner Einflusssphäre und Beeinflussbarkeit liegen, nicht steuern.

4.4.1.1.2 Ausweitung durch Gefahrtragung

Das Terminrisiko hängt nicht nur davon ab, welche Pflichten man zu tragen hat, sondern auch, welche Risiken den Parteien obliegen. Auch hier setzen regelmäßig vertragliche Regelungen an. Auch hier ergeben sich Argumente für die Vertragsverhandlung anhand der AGB-Rechtsprechung.

So erweist sich bspw. die folgende Klausel als unwirksam:

Steht die Überschreitung der vertraglich festgesetzten Fristen bevor, ist der Auftragnehmer zu verstärktem Einsatz an Material, Geräten und insbesondere Personal verpflichtet, ohne dass er daraus seinerseits Rechte herleiten kann.

Der Schlüssel zum Verständnis liegt darin, dass der Zustand „Überschreitung“ letztlich nicht nach dessen Verursachung fragt. Deswegen

⁹¹⁸ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 432, OLG Karlsruhe (3 U 57/92), BauR 1994, 145 = NJW-RR 1993, 1435

⁹¹⁹ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 441

hat ein Unternehmer das Risiko jeglicher Überschreitung zu tragen, unabhängig, ob er, der Besteller oder ein Dritter sie verursacht hat, ob sie aus Zufall resultiert oder ob ein Fall höherer Gewalt vorliegt. D.h. der Unternehmer wäre auch für Risiken verantwortlich, die er nicht verursacht hat und auch nicht beeinflussen kann⁹²⁰.

Ähnliches gilt für folgende Klausel:

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, auf Grund von Prüfungen gemachte Auflagen zu beachten und zu erfüllen. Hieraus resultierende Terminverschiebungen oder Mehrkosten gehen zu seinen Lasten.

Auch hier ist die Tragung des Termin- und des Kostenrisikos nur an die Erteilung einer Auflage geknüpft, unabhängig davon, wer die Auflage verursacht hat. Es wäre also tolerabel, wenn eine solche Regelung auf die Fälle beschränkt wäre, in denen der Auftragnehmer die Auflage verursacht hätte, sprich ein vom Unternehmer zu vertretender Mangel oder dessen Fehlverhalten Auslöser wären⁹²¹. Durch die einschränkungslose Ausweitung auf sonstige Auslöser werden dagegen sogar die zeitlichen und wirtschaftlichen Ansprüche wegen Leistungsmodifikationen abgeschnitten, das Korrektiv der Zumutbarkeit (§§ 307, 308 Nr. 4 BGB) fehlt und die Risikotragung dehnt alles auch auf das Nicht-Beeinflussbare aus⁹²².

Die unwirksame Klausel

Beschädigungen vorhandener Straße und Wege werden auf Kosten der am Bauvorhaben beschäftigten Firmen entsprechend deren Vertragsumfang instandgesetzt, sofern der Urheber nicht feststellbar ist.

zeigt noch einen weiteren Argumentationsaspekt: Es ist ein gesetzliches Grundprinzip, dass man nur für eigene Verursachung verantwortlich ist. Gerade davon koppelt sich die Klausel ab und überwältzt das Risiko für fremde, nicht beeinflussbare Verursachung oder Verursachung durch höhere Gewalt auf den Auftragnehmer⁹²³.

⁹²⁰ OLG Karlsruhe NJW 1993, 1435, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 407

⁹²¹ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 409

⁹²² OLG Hamburg (5 U 215/94), ZfBR 1998, 35; BGH (VII ZR 54/96), BauR 1997, 1036 = NJW-RR 1997, 1513 = ZfBR 1998, 41, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 409

⁹²³ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 556

Ingesamt kann man sagen, dass es generell problematisch ist, die in §§644, 645 BGB niedergelegte Gefahrverteilung zu ändern⁹²⁴. Sie beinhalten bereits das äußerste, dem Auftragnehmer zumutbare Risiko⁹²⁵. Man sollte sich also bei der Verhandlung des vertraglichen Äquivalents sehr genau über das gesetzliche Äquivalent der Gefahrtragung bewußt sein und daran festhalten.

4.4.1.1.3 Vertreten-müssen

Ein weiterer Hebel ergibt sich aus dem unterschiedlichen Grad des Vertreten-müssens und der Beweislast:

Die Mitwirkungsobliegenheiten des Bestellers bestehen verschuldensunabhängig. Die Rechtspflichten des Unternehmers führen zur Haftung nur, sofern der Unternehmer die Pflichtverletzung zu vertreten hat, d.h. wegen § 276 BGB regelmäßig bei Fahrlässigkeit oder Vorsatz. Aus dieser Grundkonzeption sind die Bestrebungen der Parteien regelmäßig angelegt: der eigene Grad des Vertretenmüssens soll herab-, der der anderen Partei heraufgesetzt werden.

Auf eine Verlängerung der Bauzeit und damit gegebenenfalls auf Veränderungen der Kalkulationsgrundlagen kann sich der Auftragnehmer nur dann berufen, wenn infolge höherer Gewalt oder, weil der Auftraggeber grob fahrlässig oder vorsätzlich gegen die ihm obliegenden Verpflichtungen verstößt, die Bauarbeiten hierdurch für mehr als 30 Arbeitstage unterbrochen werden müssen.

Diese Regelung ist AGB-widrig unter anderem aus dem Grund, dass der Auftraggeber selbst für ihm obliegende Kardinalpflichten die Haftung auf qualifiziertes Verschulden einschränkt⁹²⁶:

Hinzu kommt (wie oben), dass der Unternehmer das Risiko für Zufall und Höhere Gewalt in unkalkulierbarer Weise zu tragen hätte. Zudem wären Ansprüche des Auftragnehmers vollständig ausgeschlossen, solange es nicht zu einer Unterbrechung, d.h. zu einem vollständigen Stillstand aller Arbeiten des AN, für mehr als 30 Arbeitstage kommt⁹²⁷.

Ein Schadensersatzanspruch gegenüber dem Auftraggeber oder dessen Bevollmächtigten auf Grund von Terminverzögerungen ist ausgeschlossen, es sei denn, es liegt Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vor.

⁹²⁴ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 458, Ingenstau / Korbion / Leupertz / von Wietersheim, VOB Teile A und B - Kommentar, 22. Auflage 2023, § 7 VOB/B, Rn. 27

⁹²⁵ Ingenstau / Korbion / Leupertz / von Wietersheim, VOB Teile A und B - Kommentar, 22. Auflage 2023, § 7 VOB/B, Rn. 27

⁹²⁶ LG München (7 O 19788/88), unveröffentlicht, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 433

⁹²⁷ LG München (7 O 19788/88), unveröffentlicht, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 433

Auch die in dieser Klausel liegende Begrenzung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit selbst für wesentliche Vertragspflichten führt zur AGB-widrigkeit⁹²⁸.

4.4.1.1.4 Beweislast

Auch in der Darlegungs- und Beweislast ergibt sich ein Unterschied zwischen Gläubiger- und Schuldnerverzug:

Der Unternehmer hat alle Anspruchsvoraussetzungen des § 642 BGB darzulegen und zu beweisen⁹²⁹, also den Annahmeverzug⁹³⁰. Darüberhinaus muss er Kriterien zum Anspruch der Höhe nach darlegen und beweisen⁹³¹.

Zumindest im Hinblick auf § 287 ZPO ergibt sich jedoch kein Unterschied: eine Schadensschätzung, d.h die Höhe des Anspruchs⁹³² ist nicht nur für den Schadenersatz möglich; § 287 ZPO gilt auch für den Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB⁹³³.

Abweichend liegt die Darlegungs- und Beweislast im Schadenersatz §§280, 249 ff BGB und komplexer: Liegt die Pflichtverletzung in einer Nichtleistung, muss der Auftraggeber nur darlegen und beweisen, dass der Schuldner im Zeitpunkt der Fälligkeit der Leistung nicht erfüllt hatte. Sodann hat der Schuldner entweder darzulegen, dass er tatsächlich erfüllt hatte, oder dass er ohne eigenes Vertreten-Müssen daran gehindert war. Er muss insoweit den Entlastungsbeweis führen⁹³⁴.

Im Falle der Schlechtleistung muss mitunter der Schuldner auch das Nichtvorliegen der Pflichtverletzung beweisen. So gilt bspw. im Falle des Mangels, dass der Schuldner vor Abnahme auch die Mangelfreiheit beweisen muss (d.h insoweit das Nicht-Vorliegen der Pflichtverletzung), oder im Falle der Verweigerung der Abnahme oder der Zahlung wegen eines wesentlichen Mangels, dass der Besteller das Vorliegen eines solchen wesentlichen Mangels beweisen muss⁹³⁵.

Außerhalb der Nicht- oder Schlechtleistung haben sich bestimmte Konstellationen herausgebildet, gegliedert nach Verantwortungs- und

⁹²⁸ OLG München (9 U 3675/89), BauR 1990, 471 = NJW-RR 1990, 1358; LG München (7 O 17146/90), BauR 1991, 386; LG München (7 O 23960/87), Baurechts-Report 6/88, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 438

⁹²⁹ Althaus/Heindl-Althaus/ Bartsch, Der öffentliche Bauauftrag, 3. Auflage 2013, Stand: 18.09.2013, 6.3.1.6, Rn. 263, Kniffka iBrOK BauVertrR/Retzlaff, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 642 Rn. 191, Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, § 280 BGB, Rn. 24 m.w.N.

⁹³⁰ BGH, Urt. v. 30.01.2020 - VII ZR 33/19, BGHZ 224, 328, Rdn. 39 f, Kniffka iBrOK BauVertrR/Retzlaff a.a.O.

⁹³¹ BGH, Urt. v. 30.01.2020 - VII ZR 33/19, BGHZ 224, 328, Rdn. 58; KG, Urt. v. 29.1.2019 - 21 U 122/18

⁹³² Kniffka iBrOK BauVertrR/Retzlaff a.a.O. Rn. 192,

⁹³³ BGH, Urt. v. 30.01.2020 - VII ZR 33/19, BGHZ 224, 328, Rn. 58, Kniffka iBrOK BauVertrR/Retzlaff a.a.O. Rn. 192

⁹³⁴ Glöckner / v. Berg, Bau- und Architektenrecht, 2. Auflage 2015, § 280 BGB, Rn. 47, MüKoBGB/Ernst, 9. Aufl. 2022, BGB § 280 Rn. 37-39

⁹³⁵ Glöckner / v. Berg, Bau- und Architektenrecht, 2. Auflage 2015, § 280 BGB, Rn. 48

Gefahrenbereichen⁹³⁶, nach der Art der Pflichtverletzung⁹³⁷ sowie über den Anscheinsbeweis⁹³⁸.

Es liegt auf der Hand, dass die Parteien vertragliche Beweislastregelungen anstreben, die ihre eigene Beweisposition vereinfacht oder die ihnen gesetzlich obliegende Beweislast auf die andere Partei überträgt. Wie die folgende AGB-widrige Klausel zeigt, finden sich jedoch auch hier Grenzen:

Der Auftragnehmer haftet nur für von ihm nachweislich schuldhaft verursachten Schaden.

Der Wirksamkeit steht das gesetzliche Leitbild des § 280 I 2 BGB entgegen, die das Nicht-Vertreten-Müssen dem Auftragnehmer auferlegt. Demgemäß wirkt die obige Klausel beweislasterkennend⁹³⁹.

Gleiches gilt für folgende Klausel:

Der Nachunternehmer muss Schäden, deren Verursacher nicht mehr festgestellt werden kann, anteilig mit übernehmen.

Oder:

Beschädigungen vorhandener Straße und Wege werden auf Kosten der am Bauvorhaben beschäftigten Firmen entsprechend deren Vertragsumfang instandgesetzt, sofern der Urheber nicht feststellbar ist.

Beiden Regelungen ist gemeinsam, dass sie entgegen dem gesetzlichen Leitbild

- die Inanspruchnahme auch ohne den Nachweis der Verursachung durch den Geschädigten möglich sein soll
- eine Verursachung des Haftenden überhaupt nicht notwendig für dessen Einstandspflicht ist
- zu einer verschuldensunabhängigen Haftung führt.

Aus diesen Gründen sind sie unwirksam⁹⁴⁰.

⁹³⁶ MüKoBGB/Ernst, 9. Aufl. 2022, BGB § 280 Rn. 148, BGH NJW 2009, 142,

⁹³⁷ St. Lorenz NJW 2006, 1889 (1890), MüKoBGB/Ernst, 9. Aufl. 2022, BGB § 280 Rn. 148

⁹³⁸ Glöckner / v. Berg, Bau- und Architektenrecht, 2. Auflage 2015, § 280 BGB, Rn. 51-54

⁹³⁹ Bei Verwendung durch den Auftragnehmer: Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 555, BGH BauR 1990, 488, 489

⁹⁴⁰ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 556, OLG Karlsruhe, BB 1983, 725, 727; Glatzel/Hofmann/Frikell, Unwirksame Bauvertragsklauseln, 11. Aufl. 2008, S. 227

4.4.1.2 Formale Durchsetzung

Schriftlichkeit

§§ 294, 295 BGB verlangen zur Bewirkung des Annahmeverzugs ein wörtliches, tatsächliches Angebot der Leistung. Dies begegnet in der Praxis Beweisproblemen, ob eine solches Angebot überhaupt erfolgte. Zudem entsteht oft Streit darüber, ob das diese Anzeige so erfolgte, wie es § 294 BGB vorschreibt, nämlich „so, wie sie zu bewirken ist.“.

Aus § 309 Nr. 13 BGB ergibt sich, dass Anzeigen oder Erklärungen, die sich gegen den Verwender einer AGB oder Dritte richten, nur dann unwirksam sein sollen, wenn sie eine strengeren Form als die Schriftform (§ 309 Nr. 13 lit. b BGB) oder die Textform (§ 309 Nr. 13 lit. b BGB) vorsehen. Daraus ist abzuleiten, dass auch der Gesetzgeber Schrift- bzw. Textform als tolerables Formerfordernis ansehen, jedenfalls soweit sich Erklärungen gegen Verwender oder Dritte richten⁹⁴¹. So verwundert es nicht, dass vor dem Hintergrund des § 309 Nr. 13 BGB bspw. folgende Klausel wirksam ist⁹⁴²:

Behinderungsanzeigen bedürfen auch dann der Schriftform, wenn die Behinderung offenkundig ist.

Zu beachten ist allerdings, dass sich dies ändert, wenn eine solche Formregelung auch dazu führen soll, dass ursprüngliche Vertragsfristen selbst im Fall der Offenkundigkeit bestehen bleiben oder dem Unternehmer dadurch die Berufung auf offenkundige Behinderungen abgeschnitten wird⁹⁴³.

Möglich ist es jedoch, den Verstoß gegen eine solche Anzeigepflicht unter Schadenersatz zu stellen, wie folgende wirksame Klausel zeigt⁹⁴⁴:

Ist erkennbar, dass sich durch eine Behinderung oder Unterbrechung Auswirkungen ergeben, hat der Auftragnehmer diese dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich mitzuteilen. Unterlässt er schuldhaft diese Mitteilung, hat er den dem Auftraggeber daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

An dieser Stelle ist auch zu beachten, dass selbst die Rechtsprechung die Schriftform nach § 6 Abs. 1 VOB/B auch für nicht-VOB/B-basierte Ansprüche wie § 642 BGB sieht, wenn vertraglich die VOB/B vereinbart ist⁹⁴⁵.

⁹⁴¹ BGH NJW-RR 1989, 625, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 420 Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 420

⁹⁴² BGH NJW-RR 1989, 625, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 420

⁹⁴³ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 420, BeckOK VOB/B/Oberhauser, 50. Ed. 30.4.2022, VOB/B § 6 Abs. 1 Rn. 17, Ingenstau / Korbion / Leupertz / von Wietersheim, VOB Teile A und B - Kommentar, 22. Auflage 2023, § 6 VOB/B, Rn. 10

⁹⁴⁴ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 423

⁹⁴⁵ Kapellmann/Messerschmidt/Markus, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 6 Rn. 10, BGH mAnmS. Kapellmann NZBau 2003, 325; BGH NZBau 2000, 187 = BauR 2000, 722 – Vorunternehmer II

Inhalte

Die von der Rechtsprechung (im Rahmen des § 6 Abs. 1 VOB/B „Behinderungsanzeige“) entwickelten Anforderungen an den Inhalt einer Anzeige dürfen nicht verschärft werden⁹⁴⁶. So kann bspw. nicht verlangt werden, dass

- die Behinderungsdauer bereits angegeben wird⁹⁴⁷
- Umfang und Höhe des sich daraus ableitenden Anspruchs bereits zu benennen sind⁹⁴⁸

schlicht, weil die Folgen aus einer Behinderung, sprich aus Annahmeverzug in diesem Moment in der Regel noch gar nicht absehbar sind⁹⁴⁹.

So begegnet bspw. auch folgende Klausel rechtlichen Bedenken:

Bauzeitverlängernde Behinderungen kann der Auftragnehmer der Verwirkung der Vertragsstrafe nur entgegenhalten, wenn er die Behinderungen unverzüglich schriftlich angezeigt hat.

Denn das gesetzliche Leitbild des § 339 I BGB besagt, dass eine Vertragsstrafe nur bei Verschulden zu zahlen ist. Die vorgenannte Klausel jedoch schneidet dem Auftragnehmer die Berufung bei fehlender Rechtzeitigkeit ab⁹⁵⁰.

Zur Vermeidung von Mißverständnissen ist für die Vertragsverhandlung allerdings darauf hinzuweisen, dass dem Unternehmer die Verteidigung gegen fremde Ansprüche mit den Einwand fehlenden Verschuldens verbleiben muss⁹⁵¹; als Anspruchsvoraussetzung für eigene Ansprüche ist das Formerfordernis aber möglich⁹⁵².

4.4.1.3 Die Falle der Abgeltungswirkung von Nachtragsvereinbarungen, insbesondere in zeitlicher Hinsicht

Ein in der Praxis gerne übersehener Aspekt tritt im Zusammenhang mit Vereinbarungen auf, die den Vertrag abändern, als regelmäßig Vereinbarungen über Leistungsmodifikationen, geänderte oder zusätzliche Leistungen. Denn Einigungen können auf die Bauzeit abstrahlen. Die wohl herrschende Meinung geht davon aus, dass bei Änderung der Leistung ohne Änderung der Bauzeit vereinbarte Vertragstermine unverändert bleiben, wenn ihre Einhaltung z.B. mit

⁹⁴⁶ BeckOK VOB/B/Oberhauser, 50. Ed. 30.4.2022, VOB/B § 6 Abs. 1 Rn. 17

⁹⁴⁷ BeckOK VOB/B/Oberhauser, 50. Ed. 30.4.2022, VOB/B § 6 Abs. 1 Rn. 17,

⁹⁴⁸ BGH BauR 1990, 210, 212

⁹⁴⁹ BeckOK VOB/B/Oberhauser, 50. Ed. 30.4.2022, VOB/B § 6 Abs. 1 Rn. 17,

⁹⁵⁰ OLG BauR 1997, 661, 662, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 584

⁹⁵¹ Kapellmann/Messerschmidt/Markus, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 6 Rn. 16, BGH BauR 1999, 645,

⁹⁵² Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 584, Ingenstau / Korbion / Leupertz / von Wietersheim, VOB Teile A und B - Kommentar, 22. Auflage 2023, § 6 VOB/B, Rn. 10

Beschleunigungen möglich bleibt⁹⁵³. Weiter bewirkt die wirtschaftliche Einigung regelmäßig auch die Einigung über die wirtschaftlichen Folgen der Bauzeit⁹⁵⁴. Für in der Vereinbarung nicht erwähnte Ansprüche obliegt es dem Auftraggeber, die Abgeltungswirkung zu beweisen, wenn der Auftragnehmer Folgekosten geltend macht (in der Praxis meist den Bauzeitennachtrag zum stofflichen Nachtrag⁹⁵⁵), woran strenge Anforderungen gestellt werden⁹⁵⁶, ganz besonders, wenn die Abgeltung noch unbekannte Ansprüche umfassen soll⁹⁵⁷.

Daraus resultiert die Empfehlung, zumindest in Vereinbarungen über modifizierte oder bislang nicht geschuldete Leistungen sich nicht nur über das zugehörige Bausoll, sondern auch über die zeitlichen und wirtschaftlichen Folgen zu verständigen.

4.4.1.4 Einflußnahme auf den Bauablauf

Aufgrund der Dispositionshoheit des Auftragnehmers innerhalb des vertraglichen Rahmens verwundert es nicht, wenn in erster Linie Auftraggeber versuchen, das gesetzliche Äquivalent in ihrem Sinne zu modifizieren und dadurch möglichst folgenlos Zugriff auf den Bauablauf zu erlangen. Typisch sind daher Regelungen,

- mit denen der Besteller einseitige Terminbestimmungsrechte für sich vorsieht,
- die Verzögerungsfolgen auf den Unternehmer abwälzen oder
- die steuernd in die Dispositionshoheit eingreifen, bspw. durch Regelungen, die den Auftragnehmer auf Verlangen des Bestellers zur Abhilfe verpflichten⁹⁵⁸.

Als AGB jedenfalls kommen einseitige Terminbestimmungsrechte allenfalls in Betracht, wenn es klare, transparente Angaben zu Anlass, Richtung und sonstigen Bestimmungskriterien enthält und nur innerhalb der durch § 315 BGB gezogenen Grenzen, also dem gerichtlich prüfbaren, billigen Ermessen, ausgeübt werden können⁹⁵⁹. Haben solche Eingriffe zudem den Effekt, dass sie den Unternehmer zu einer unentgeltlichen Beschleunigung zwingen, wäre eine entsprechende Klausel AGB-widrig⁹⁶⁰. Ebenso wäre eine Regelung unwirksam,

⁹⁵³ Kniffka *ibrOK BauVertrR/von Rintelen*, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650b Rn. 176-178

⁹⁵⁴ OLG München *IBR 2020*, 392 „Sachnachtrag erschlägt Bauzeitennachtrag“, OLG München, *IBR 2014*, 652, KG, *IBR 2020*, 226, leicht differenzierend nach den Umständen des Einzelfalls: Kapellmann/Messerschmidt/Markus, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 2 Rn. 403, OLG Düsseldorf *IBR 1996*, 52

⁹⁵⁵ Bspw. Anmerkung Bolz zu OLG München *IBR 2020*, 392 „kein Nachtrag zum Nachtrag“

⁹⁵⁶ Kapellmann/Messerschmidt/Markus, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 2 Rn. 403, BGH *BauR 1995*, 701; 1988, 217; Roquette/Schweiger *BauR 2008*, 734; Kapellmann/Schiffers/Markus Band 1 Rn. 943.

⁹⁵⁷ BGH *NJW 1994*, 379

⁹⁵⁸ Markus / Kapellmann / Pioch, *AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln*, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 386

⁹⁵⁹ Markus / Kapellmann / Pioch, *AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln*, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 386

⁹⁶⁰ BGH, *Beschl. V. 5.6.1997 - VII ZR 54/96 = NJW-RR 1997*, 1513; OLG Hamburg v. 6.12.1995 - 5 U 215/94 = *IBR 1998*, 98 = BeckRS 1995, 30859418, Kniffka *ibrOK BauVertrR/von Rintelen*, 24. Ed. 7.6.2021, BGB § 650b Rn. 178, Kapellmann/Messerschmidt/Sacher, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 5 Rn. 318,

die im Falle der Termingefährdung eine Beschleunigung durch Fremdfirmen auf Kosten des Auftragnehmers vorsieht.⁹⁶¹

Die Abwälzung von Verzögerungsfolgen ist (AGB-mäßig) wirksam, wenn die sich auf Verzögerungen beschränkt, die der Unternehmer zu vertreten hat, also aus eigener Pflichtverletzung oder die seinem Risikobereich zuzuordnen sind. Dagegen ist eine Abwälzung, die Risiken einschließt, die der Auftragnehmer nicht steuern kann und deren Entstehung oder Fortentwicklung außerhalb seines Risikobereichs liegt oder die Zufall einschließen, regelmäßig (AGB-mäßig) nicht möglich⁹⁶².

An dieser Stelle setzen auch Klauseln an, die von Auftragnehmerseite verwendet werden. Sie bemühen sich, Verzugsfolgen auf den AG abzuwälzen, indem sie entweder die Verbindlichkeit eines Termins (verzugsbegründend §§280, 286 II Nr. 1, 2 BGB) relativieren oder die Konsequenzen aus verschuldeter Fristüberschreitung entschärfen oder aufheben. Auch hier besteht kaum Gestaltungsraum⁹⁶³. Die Kernargumente der gerichtlichen Entscheidungen kann man sich wiederum für die Verhandlung zu eigen machen.

Eine kühne und unwirksame AGB stellt bspw. folgende Regelung dar:

Eventueller Zahlungsverzug des Auftraggebers infolge nicht freigegebener Mittel aus der Finanzierung auf Grund des Bautenstandes berechtigen den Auftragnehmer nicht zur Verschiebung der vereinbarten Ausführungsfristen

Wichtiges Argument ist hier, dass die Regelung das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht § 320 BGB ausschließt, das einen wesentlichen Schutz des vorleistungspflichtigen Auftragnehmers beinhaltet⁹⁶⁴.

Der Auftragnehmer garantiert die Einhaltung der Termine.

Wichtig ist hier, dass der Auftragnehmer unzulässig selbst dann terminlich haften würde, wenn die Termine durch Vorsatz des Bestellers gefährdet oder überschritten sind⁹⁶⁵

Die Regelung

Die Ausführungsfristen bestimmen sich nach dem Bauvertrag. Soweit im Bauvertrag die Ausführungsfristen noch nicht oder nur »ca.« festgelegt werden, ist der Auftraggeber berechtigt, die Ausführungsfristen einseitig verbindlich festzulegen.

⁹⁶¹ BGH BauR 1997, 1036, Kapellmann/Messerschmidt/Sacher, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 5 Rn. 314-320

⁹⁶² Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 386,

⁹⁶³ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 386

⁹⁶⁴ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 388, OLG Karlsruhe (9 U 27/81) BB 1983, 725

⁹⁶⁵ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 389, OLG Frankfurt BauR 2003, 269

hat den Makel, dass sie den Vertragspartner im Unklaren lässt, welche Rechte und Pflichten ihm im Falle der Ausübung dieses Rechts zur verbindlichen Festlegung zukommen (freies Bestimmungsrecht). Zudem müsste die Festlegung auch im Falle der Unbilligkeit hingenommen werden⁹⁶⁶.

Eine andere Stoßrichtung hat folgende Klausel:

Befindet sich der Auftragnehmer während seiner vorgegebenen Bauzeit so offensichtlich im Rückstand mit der Ausführung seiner Leistungen, dass nach Lage der Dinge erwartet werden muss, dass die gesetzlichen Termine nicht erfüllt werden, ist der Auftraggeber berechtigt, auf Kosten des Auftragnehmers durch Verstärkung durch Fremdfirmen die Erfüllung der dem Auftragnehmer obliegenden Verpflichtungen zu sichern.

Entgegen der gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen gem. § 286 BGB muss der Besteller bei dieser Klausel keine Mahnung aussprechen oder auf Mahnungersatz gem. § 286 II BGB achten, sondern kann schon bei Gefährdung die Kostentragungslast des Unternehmers auslösen.

Außerdem schneidet die Regelung den Einwand des Auftragnehmers auf fehlendes Verschulden ab⁹⁶⁷.

Wiederum scheinbar anders liegt folgende Klausel:

Steht die Überschreitung der vertraglich festgesetzten Fristen bevor, ist der Auftragnehmer zu verstärktem Einsatz an Material, Geräten und insbesondere Personal verpflichtet, ohne dass er daraus seinerseits Rechte herleiten kann.

Dennoch richten sich gegen sie bekannte Argumente:

Sie übertragen dem Unternehmer das Terminrisiko, auch wenn er die Überschreitung nicht verursacht oder zu vertreten hat wie bspw. Zufall oder Verursachung durch den AG. Diese Risiken sind für ihn nicht beeinflussbar und verpflichten ihn zu überobligatorischen Leistungen⁹⁶⁸.

Bei der Verbindlichkeit von Terminen setzt folgende, von Auftragnehmerseite verwendete Klausel an:

Der Auftragnehmer kann die Auslieferung bis zu 6 Wochen gegenüber dem vereinbarten Termin verschieben.

Letztlich modifiziert sie ebenfalls die Verzugsvoraussetzungen und bewirkt für die Dauer von 6 Wochen eine Sanktionsfreiheit, wo das gesetzliche Äquivalent

⁹⁶⁶ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 393 unter Verweis auf LG München (7 O 5019/89), unveröffentlicht und OLG Koblenz (2 U 1813/92), unveröffentlicht, Beck'scher VOB-Kommentar-Althaus, § 5 Abs. 1 VOB/B Rn. 25;; Kapellmann/Messerschmidt-Sacher in, § 5 VOB/B Rn. 13

⁹⁶⁷ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 402, OLG Hamburg ZfBR 1998, 35; BGH NJW-RR 1997, 1513

⁹⁶⁸ OLG Karlsruhe NJW 1993, 1435, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 407

bereits Verzugsschaden ermöglicht⁹⁶⁹, der Eintritt von Verzug wird verhindert bzw. dem Unternehmer in die Hand gelegt, ohne dass der Besteller sie beeinflussen könnte⁹⁷⁰

4.4.1.5 Zusammenspiel mit Vertragsstrafen

Es ist bauvertragsüblich, wichtige Termine im Bauablauf mit Vertragsstrafen gem. §§ 339ff BGB zu pönalisieren.

Es entspricht dem gesetzlichen Leitbild gem. § 339 S. 1 BGB, dass sie durch die Nicht- oder Schlechterfüllung sowie verzugsabhängig, also verschuldensabhängig⁹⁷¹, formuliert sein muss⁹⁷² und dass eine Anrechnung auf überschießenden Schadenersatz erfolgen muss (§§ 340 II, 341 II BGB)⁹⁷³.

Interessant und übertragbar sind gerichtliche Entscheidungen, wenn es zu einer Anpassung ursprünglicher Termine kommt und sich deswegen die Frage stellt, ob die ursprüngliche Vertragsstrafenregelung auf neue Termine Anwendung findet. Dies sieht der BGH jedenfalls dann nicht mehr gegeben, wenn durch vom Unternehmer nicht zu vertretende Umstände der Zeitplan so gestört wird, dass der Unternehmer zur durchgreifenden Neuordnung des Bauablaufs gezwungen wird⁹⁷⁴. Der Auftragnehmer darf nicht an einer Vertragsstrafe festgehalten werden, die er unter ganz anderen Bedingungen, nämlich einer gänzlich anderen Termsituation, eingegangen war⁹⁷⁵.

4.4.1.6 Zeit und Zeitfortschreibung

Einer Thematik wird im Gesetz gar keine, in den Bauverträgen auch kaum Beachtung geschenkt: der Zeitfortschreibung. Treten (aus welchem Umständen auch immer) störende Einwirkungen auf den vorgesehenen Bauablauf aus, ist eine solche Zeitfortschreibung erforderlich- was tatsächlich in der Praxis in eigentlich jedem Bauprojekt auftritt.

Es ist deshalb zumindest überlegenswert, die Regeln der Zeitfortschreibung mangels hierfür vorgesehenem gesetzlichem Äquivalent im Vertrag aufzunehmen.

⁹⁶⁹ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 413

⁹⁷⁰ BGH BauR 1984, 639,

⁹⁷¹ BGH BauR 2003, 870, 875 = NZBau 2003, 321, 323; BGH BauR 1997, 123, 124; OLG Frankfurt am Main, BauR 1999, 51, 53; OLG Hamm, BauR 1997, 661, 662, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 578

⁹⁷² Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 560

⁹⁷³ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 561

⁹⁷⁴ BGH NJW 1966, 971; BGH NJW 1999, 1108, OLG Frankfurt BeckRS 2023, 3699 Rn. 138-143, OLG Celle BeckRS 2011, 14722, Kniffika/Koeble/Jurgeleit/Sacher-Jurgeleit, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, Teil 6 C III 1 b Rn 139 m.w.N. in Fn. 247 bis 249

⁹⁷⁵ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 588

4.4.1.6.1 Gesetzliches Äquivalent, Ausgangspunkt: Terminsoll, § 271 BGB

Ist ein Termin vereinbart, ergibt sich das Vertragssoll aus der Vereinbarung (Terminsoll). Ist dagegen kein Termin zur Fertigstellung vereinbart, ist die Leistungszeit gem. § 271 BGB anhand der vertraglichen Umstände, insbesondere der Natur des Schuldverhältnisses im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu bestimmen⁹⁷⁶.

Im Werkvertrag kann die Leistung des Unternehmers nicht fällig werden, bevor die zur Herstellung des Werks erforderliche Zeit nicht verstrichen ist. Dabei ist die für die Herstellung notwendige Zeit in Rechnung zu stellen. Mit Ablauf der angemessenen Fertigstellungsfrist tritt Fälligkeit ein.

Allerdings hat der Unternehmer mit der Herstellung eines vertraglich geschuldeten Bauwerks alsbald nach Vertragsschluss zu beginnen und sie in angemessener Zeit zügig zu Ende zu führen⁹⁷⁷. D.h. als vertraglich wirksame Zeit, Fälligkeitstermin und somit Terminsoll gilt in diesem Fall die zur Herstellung notwendige Zeit unter alsbaldigem Beginn und zügiger Durchführung.

4.4.1.6.2 Dilemma für BGB und VOB/B: keine eigenständige Anspruchsgrundlage für Rechtsfolgen aus einer verschobenen Bauzeit

Wie Markus⁹⁷⁸ zurecht ausführt, bestehen im BGB überhaupt keine Normen zur Fortschreibung der Bauzeit, in der VOB/B legen die Regelungen der §§ 6 Abs. 2 bis 4 VOB/B kraft vertraglicher Vereinbarung unter Einbeziehung der VOB/B immerhin fest, ob und welche Behinderungen im Sinne von § 6 Abs. 1 VOB/B zur Verlängerung von Ausführungsfristen führen⁹⁷⁹. Es gibt also insgesamt weder in BGB noch VOB/B eine Anspruchsgrundlage, die die Bauzeitfortschreibung als eigenständiges Tatbestandsmerkmal beinhaltet.

Deshalb wäre es jedenfalls für die Zeitfortschreibung verfehlt, sie im Licht gesetzlicher Anspruchsgrundlagen oder VOB/B-Normen zu betrachten, die gar keine Terminfortschreibung beinhalten, sondern allenfalls mittelbar mit Terminen zu tun haben, in dem sie (aus Sicht der Norm) auf extern bestimmten Terminen aufbauen und diese damit als Voraussetzung und Grundlage übernehmen und implizieren, ohne sie jedoch selbst zu regeln, so bspw. §§ 293 ff (Annahmeverzug), 642 BGB, §§ 286 BGB (Schuldnerverzug), §§ 2 Abs. 5 und 6, 8 VOB/B, § 6 Abs. 6 VOB/B, § 5, 8, 9 VOB/B, §§ 323 ff BGB⁹⁸⁰.

4.4.1.6.3 Zeitfortschreibung aus anderen Rechtsquellen?

Auch das österreichische, das schweizer Recht und viele andere enthalten keine Regelung zur Zeitfortschreibung.

⁹⁷⁶ MüKoBGB/Krüger, 9. Aufl. 2022, BGB § 271 Rn. 31,

⁹⁷⁷ BGH NJW-RR 2001, 806

⁹⁷⁸ Markus: Anforderungen an die Begründung von Ansprüchen wegen bauzeit-verlängernden Behinderungen, NZBau 2014, 688ff

⁹⁷⁹ Kapellmann/Messerschmidt/Markus, 7. Aufl. 2020, VOB/B § 6 Rn. 17, Markus NZBau 2014, 688, NWJS/Sonntag VOB/B § 6 Rn. 11,

⁹⁸⁰ Entgegen Markus a.a.O., Abschnitt III.

Ebenso sagen die Texte der FIDIC nur, dass der Auftragnehmer oder der Auftraggeber Anspruch auf Bauzeitverlängerung hat (3,7, 8.5, 20.2 Red/Silver/Yellow Book 2017). Die Findung beschreibt letztlich 3.7: Engineer's fair determination.

D.h. es hilft auch nicht weiter.

Die österreichische Ö-Norm B 2110 enthält immerhin folgende Festlegung:

5.34.2.4 Fristverlängerungen sind nach Umfang und Dauer der Behinderung und ihrer Folgen zu ermitteln.

Das deutet in eine ähnliche Richtung wie § 6 Abs. 4 der deutschen VOB/B:

Die Fristverlängerung wird berechnet nach der Dauer der Behinderung mit einem Zuschlag für die Wiederaufnahme der Arbeiten und die etwaige Verschiebung in eine ungünstigere Jahreszeit.

Auch die finnische YSE 1998 greift nur einen Sonderaspekt der Bauzeitverlängerung auf, beschreibt aber das Wie der Berechnung nicht:

§21

Calculating the extension

1. If several reasons entitling the contractor to receive an extension to the building contract period take effect simultaneously, the contractor shall not be entitled to receive a full extension for each reason separately; instead, the building contract period can be extended only on the basis of the combined effect of these reasons.

2. In considering the extension to the building contract period to be granted to the contractor in the aforementioned circumstances, the time that the contractor could reasonably be expected to need to bring the work to a halt and to restart it must also be taken into account.

4.4.2 Gängige Modelle zur Zeitfortschreibung⁹⁸¹

4.4.2.1 Soll - Ist – Vergleich

Bei der reinen „Soll-Ist-Vergleich-Methode“, werden der ursprüngliche Soll-Ablauf, also der vom Auftragnehmer unter Berücksichtigung der durch den Vertrag gesetzten Restriktionen geplante Ablauf, und der Ist-Ablauf verglichen und die Differenzen in den einzelnen Vorgängen aufgezeigt. Sodann werden rückblickend die Ursachen für die Differenzen ermittelt und hinterfragt, in wessen Risikobereich die einzelnen Ursachen fallen.

4.4.2.2 Soll-Soll'-Methode

Bei der „Soll-Soll'-Methode“ wird aus dem ursprünglichen Soll-Ablauf ein störungsmodifizierter Soll'-Ablauf entwickelt, indem in den ursprünglichen Soll-

⁹⁸¹ Fallgruppen gebildet nach Kapellmann/Messerschmidt/Markus, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 6 Rn. 36

Ablauf alle Störungen eingefügt werden, die ihre Ursache in der Sphäre des Auftraggebers haben. Die so ermittelte theoretische Verzögerung soll – nach einer Plausibilitätskontrolle und gegebenenfalls Korrektur anhand des Ist-Ablaufs – die gerechtfertigte Bauzeitverlängerung darstellen.

4.4.2.3 Hypothetisches Ist Methode

Bei der „Hypothetisches-Ist-Methode“ werden ausgehend vom tatsächlich realisierten Ist-Ablauf alle Störungen nachträglich theoretisch weggedacht, die aus der Sphäre des Auftraggebers stammen. Das Ergebnis soll der hypothetisch ungestörte Ablauf sein, wie er ohne die Störungen aus der Sphäre des Auftraggebers „tatsächlich“ realisiert worden wäre.

4.4.2.4 Das Adaptionverfahren⁹⁸²

Mit Anwendung des Adaptionverfahrens wird unter enger Orientierung an der tatsächlichen Ausführung eine den gesamten Bauablauf umfassende, einzelvorgangsbezogene Bauzeitanalyse vorgenommen. Hierbei wird für jeden Vorgang ein neuer, störungsbedingter Soll-Fertigstellungszeitpunkt bestimmt, der anschließend mit dem Zeitpunkt der tatsächlichen Fertigstellung dieses Vorgangs (Tätigkeit) verglichen wird. Im Ergebnis ist hieraus erkennbar, ob im Untersuchungszeitraum dem Auftragnehmer neben einem Bauzeitverlängerungsanspruch auch ein Zeitreservenanspruch zusteht, der vor oder erst im Zusammenhang mit der Ausführung des betrachteten Vorgangs entstanden sein kann⁹⁸³.

4.4.2.5 Aspekte aus der Rechtsprechung zum „störungsmodifizierten Bauablauf“⁹⁸⁴:

Wer Zeit fortschreiben will, benötigt einen entsprechenden terminlichen Bezugspunkt, nämlich die Regelungen des Vertrags zum Terminsoll.

Wie oben bereits gesagt, legt der Vertrag das Terminsoll fest. Sieht der Vertrag nur Eckdaten vor (bspw. Baubeginn und Bauende), liegt das Dazwischen in der Dispositionshoheit des Auftragnehmers. Die Rechtsprechung verlangt an dieser Stelle, dass Bauzeit mit den von der Preiskalkulation umfassten Mitteln bei ungestörtem Bauablauf überhaupt hätte eingehalten werden können⁹⁸⁵. Immerhin wird dies widerleglich zu Gunsten des Auftragnehmers vermutet⁹⁸⁶.

Jede einzelne Bauablaufstörung ist gesondert zu prüfen und einer eigenständigen Beurteilung zu unterziehen⁹⁸⁷. Neben den unmittelbaren Behinderungswirkungen treten immer wieder eine Reihe mittelbarer Folgen einer Bauablaufstörung auf. Auch die Sekundärwirkungen dürfen und müssen in einer

⁹⁸² Mechnig/Völker/Mack/Zielke: Ist das Bauzeitlabyrinth ein Irrgarten?, NZBau 2014, 85, Mechnig, Plädoyer für einen Paradigmenwechsel im Umgang mit dem Soll-Bauablauf, BauR 2023, 304

⁹⁸³ Mechnig/Völker/Mack/Zielke: Ist das Bauzeitlabyrinth ein Irrgarten?, NZBau 2014, 85, Ziffer IV

⁹⁸⁴ BGH NZBau 2002, 381, Kapellmann/Messerschmidt/Markus, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 6 Rn. 41

⁹⁸⁵ OLG Hamm, BauR 2004, 1304 ff., OLG Köln NJW 2014, 3039

⁹⁸⁶ Kapellmann/Schiffers/Markus Vergütung I Rn. 1266, 1577 ff., Kapellmann/Messerschmidt/Markus, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 6 Rn. 40

⁹⁸⁷ BGH NJW 2005, 1650, 1653

Fristverlängerungsberechnung berücksichtigt werden, um die vollständige Wirklichkeit unter Behinderungen abzubilden⁹⁸⁸. Weiterhin ist umfassend dazustellen, ob und wie sich jede der Bauablaufstörungen nachteilig auf die Bauausführung ausgewirkt hat⁹⁸⁹. Außerdem wird eine konkrete bauablaufbezogene Darstellung gefordert, die sich auch zum Ausschluss eigener für die Bauzeitverlängerung ursächlicher Fehler und zu den Auswirkungen beauftragter „Nachträge“ und zur Unmöglichkeit naheliegender Umstellungen im Bauablauf verhalten muss⁹⁹⁰. D.h. die Rechtsprechung verlangt auch die Berücksichtigung eigener Fehler!

Abschließend hat ein Abgleich zwischen dem Bauablauf, wie er ohne die Behinderung durchgeführt worden wäre (hypothetischer ungestörter Bauablauf) und dem tatsächlichen Bauablauf, wie er mit der Störung stattgefunden hat (gestörter tatsächlicher Bauablauf) zu erfolgen, um zu erkennen, wie sich die Bauablaufstörung konkret ausgewirkt hat⁹⁹¹

Diese Überlegungen lesen sich als „theoretische Argumente“ und in abstrakter Betrachtung sehr überzeugend und logisch. Allerdings führen sie in der Baurealität gerade dort, wo die Anzahl von Bauablaufstörungen groß ist und/oder dort, wo die Bauablaufstörungen bestimmte Arbeiten nicht zum Stillstand kommen lassen, sondern nur verschleppen und verlangsamen, zur Überforderung der Unternehmer. Verschärft wird dies noch dadurch, dass der BGH die strenge Auffassung vertritt, dass die Schwierigkeit, die Kausalitäten darzustellen und im Streitfall zu beweisen, es nicht rechtfertigen, dem Auftragnehmer Beweiserleichterungen über das vom Gesetz vorhergesehene Maß hinaus zu gewähren. Demjenigen Auftragnehmer, der sich durch Pflichtverletzungen des Auftraggebers behindert fühlt, sei es zuzumuten, eine aussagekräftige Dokumentation zu erstellen, aus der sich die Behinderung sowie deren Dauer und Umfang ergeben. Sei ein Auftragnehmer mangels ausreichender Dokumentation der Behinderungstatbestände und der sich daraus ergebenden Verzögerungen zu einer den Anforderungen entsprechenden Darstellung nicht in der Lage, gehe das grundsätzlich nicht zu Lasten des Auftraggebers⁹⁹².

Allerdings neigen Instanzgerichte in der Praxis dazu, die Anforderungen an die Darstellung der Kausalität zwischen der Bauablaufstörung und deren Folgen bisweilen stark zu überspannen⁹⁹³, nach Erfahrung des Verfassers häufig durch geringe Technikaffinität (s.o.) gefördert.

Es ist auf jeden Fall empfehlenswert, wenn die Parteien für die Bauzeitverlängerung sich jedenfalls darauf vereinbaren, sich für die Berechnung nur auf solche Störungen zu fokussieren, die auf den sog. „kritischen Weg“

⁹⁸⁸ Drittler, Nachträge und Nachtragsprüfung beim Bau- und Anlagenbauvertrag, 4.2.1, Rn. 62,

⁹⁸⁹ BGH NZBau 2002, 381, 382., Thode ZfBR 2004, 214, 220 f.:

⁹⁹⁰ OLG Köln NJW 2014, 3039,

⁹⁹¹ Thode ZfBR 2004, 214, 220 unter Bezugnahme auf BGH NZBau 2002, 381, 382, BeckOK VOB/B/Oberhauser, 51. Ed. 30.4.2022, VOB/B § 6 Abs. 4 Rn. 7

⁹⁹² Kniffka/Koebler/Jurgetleit/Sacher-Jurgetleit, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 7. Teil, C VII 1 c bb Rn. 10 unter Verweis auf BGHZ 162, 259, BGH BauR 2002, 1249, BGHZ 97, 163

⁹⁹³ Kniffka/Koebler/Jurgetleit/Sacher-Jurgetleit, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 7. Teil, C VII 1 c bb Rn. 109

einwirken, d.h. den aktuell längsten Weg/ die längste Zeitdauer vom Projektbeginn oder dem aktuellen Projektstatus zum Projektabschluss, welcher die kürzeste – ohne Eingriffe in den Bauablauf – mögliche Projekt(rest)dauer anzeigt⁹⁹⁴.

4.4.3 Fazit

Immerhin kann man aus dem Vorstehenden ableiten:

- Ein Vertrag sollte als Regel zur Zeitfortschreibung beinhalten:
 - den alsbaldigen Beginn nach Entfall des Umstands, der zur Zeitfortschreibung Anlass gibt,
 - eine zügige Fortführung der Arbeiten
- die Dauer der Fortschreibung muss mindestens den Zeitraum umfassen, die vernünftigerweise zusätzlich erforderlich um die modifizierte Werkleistung auszuführen, dabei müssen unmittelbare und Folgeeffekte, die sich aus einer Bauablaufstörung ergeben, berücksichtigt werden
- Man sollte sich auf eine Fortschreibungsmethode verständigen
- Man sollte sich (rein zeitlich) auf eine Betrachtung entlang des kritischen Wegs beschränken.

4.4.4 Zeitfortschreibung als Folge eines funktionalen Mangels

Ein praktisch relevanter Fall, der jedoch kaum in die Literatur und gar nicht in die Rechtsprechung Eingang gefunden hat, ist der Sonderfall der Zeitfortschreibung infolge eines funktionalen Mangels. Es ist zu überlegen, vertragliche Regeln zur Zeitfortschreibung so zu formulieren, dass sie auch im Fall des funktionalen Mangels eingreifen.

4.4.4.1 Allgemein

Das deutsche Werkvertragsrecht verpflichtet den Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werks; dies sieht schon der Wortlaut des § 631 BGB vor. Diese Hauptleistungspflicht des Unternehmers besteht in einem durch das Tätigwerden des Unternehmers herbeizuführenden Erfolg⁹⁹⁵.

Eine Spannungslage entsteht, wenn der Werkvertrag nach seinem ausdrücklich vereinbarten Inhalt oder Wortlaut nicht oder nicht vollständig zu diesem werkvertraglichen Erfolg führt.

Diese Spannungslage löst die Rechtsprechung⁹⁹⁶, wie oben bereits angeführt, durch den sog. „funktionalen Herstellungsbegriff“ auf, indem sie den

⁹⁹⁴ <https://research.wolterskluwer-online.de/topic/a16a8403-a8d5-4caf-9dda-9a0c000f4a1b> Schmidt / Sindermann, Praxiswissen Baurecht, 1. Auflage 2020, Kritischer Weg, kritischer Weg bzw. Roquette / Viering / Leupertz, Handbuch Bauzeit, 4. Auflage 2021, A. Terminwesen, Rn. 39 „kritischer Weg“

⁹⁹⁵ Vgl. Motive zum BGB, Bd. II, S. 470 f, MüKoBGB/Busche, 8. Aufl. 2020, BGB § 631 Rn. 1, Messerschmidt/Voit/Rintelen, 4. Aufl. 2022, BGB § 631 Rn. 2

⁹⁹⁶ Hinweis: diese Rechtsprechung erfährt in der Literatur unverändert Kritik. Beispielhaft sei verwiesen auf die umfassende Darstellung von Kapellmann in Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, 7. Aufl. 2020, VOB/B § 2 Rn. 31-44. Allerdings muss im Rahmen der hier betrachteten Themenstellung, die auf dem Fundament der Rechtsprechung aufbaut, auf eine Auseinandersetzung verzichtet werden.

Unternehmer verpflichtet sieht, ein nach den Vertragsumständen zweckentsprechendes und funktionstaugliches Werk zu errichten⁹⁹⁷. Scharf setzt sich der BGH über den reinen Wortlaut der Vereinbarung hinweg:

Im Rahmen der getroffenen Vereinbarung schuldet der Auftragnehmer ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk. An dieser Erfolgshaftung ändert sich grundsätzlich nichts, wenn die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben, mit der die geschuldete Funktionstauglichkeit des Werkes nicht erreicht werden kann.⁹⁹⁸

In einer anderen Entscheidung wird das Verhältnis zwischen der vertraglich vereinbarten Ausführungsart und der Zwecktauglichkeit und Funktionalität noch deutlicher:

„Dies gilt unabhängig davon, ob die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben oder die anerkannten Regeln der Technik eingehalten worden sind. Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch vereinbart und dieser Erfolg mit der vertraglich vereinbarten Leistung oder Ausführungsart oder den anerkannten Regeln der Technik nicht zu erreichen, schuldet der Unternehmer die vereinbarte Funktionstauglichkeit (BGH, Urteil vom 8. November 2007 - BGHZ 174, 110 Rn. 15)“⁹⁹⁹

Bewirkt der Unternehmer diesen letztlich an Zwecktauglichkeit und Funktionalität festgemachten werkvertraglichen Erfolg nicht, führt dies zu einem sog. „funktionalen Mangel“, für den der Unternehmer grundsätzlich¹⁰⁰⁰ gemäß § 633 ff BGB haftet¹⁰⁰¹.

Aufgrund dieses funktionalen Mangels ist der Unternehmer zur Nacherfüllung verpflichtet §§ 634 Nr. 1, 635 BGB. Die kann nach der Rechtsprechung des BGH sogar soweit gehen, dass er Vor- und Nacharbeiten sowie Leistungen außerhalb seines eigenen Gewerks zu erbringen hat¹⁰⁰².

Allerdings kann daraus ein Gerechtigkeitsdefizit entstehen:

⁹⁹⁷ BGH in ständiger Rechtsprechung, vgl. bspw., BGHZ 139, 244; BGH NZBau 2000, 74 = ZfBR 2000, 121; BGH BauR 2003, 236; BGH BauR 2007, 700 ; BGH BauR 2011, 869, BGHZ 201, 148 = BauR 2014, 1291.

⁹⁹⁸ BGH NJW 1998, 3707

⁹⁹⁹ BGH Urteil vom 08.05.2014 - VII ZR 203/11 =BeckRS 2014, 11357 = NJW 2014, 3365

¹⁰⁰⁰ Hinweis: die Möglichkeiten einer Haftung zu entgehen,

- indem der Unternehmer seine Prüf- und Hinweispflicht erfüllt hat (vgl. bspw. BGH Urteil vom 08.11.2007 - AZ VII ZR 183/05 = NJW 2008, 511)
- ein Fall der Unmöglichkeit vorliegt, so jedenfalls OLG Düsseldorf (23. Zivilsenat), Beschluss vom 17.05.2021 – 23 U 81/20 = IBR 2021, 574 = BeckRS 2021, 41603, Rn. 9
- oder sie zumindest einzugrenzen OLG Hamm BeckRS 2016, 11345 und BeckRS 2021, 55637 oder über § 254 BGB sie wegen letztlich Verursachung in der Sphäre des Bestellers zumindest teilweise zurückzuweisen (Steffen/Frieder „Der funktionale Mangelbegriff“ NJW-Spezial 2022, 620, 621, IV)

bleiben hier außer Betracht

¹⁰⁰¹ BGH NJW 2008, 511, Rn. 15; Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, Teil 5 A II 1 b Rn. 27, Steffen/Frieder NJW-Spezial 2022, 620, I.

¹⁰⁰² OLG Düsseldorf a.a.O. unter Verweis auf BGH-Rechtsprechung

Der werkvertraglich vereinbarten Vergütung liegt regelmäßig die ausdrücklich vereinbarte Leistung zugrunde, gerade im Kontext der Vergabe- und Verdingungsordnung für Bauleistungen VOB/B, sehr häufig in Gestalt des Leistungsprogramms oder Leistungsverzeichnisses und zugehöriger Ausführungspläne.

In dieser Vergütung sind nicht diese Vor- und Nacharbeiten abgebildet, ebenso wenig die gewerkefremden Arbeiten oder auch diejenigen Tätigkeiten des Unternehmers, die er im Wege der Nachbesserung oder Neuherstellung zur Herbeiführung der Funktionalität und Zwecktauglichkeit regelmäßig entfalten muss und sie schlicht vergessen/übersehen und folglich nicht in die Vergütung einkalkuliert hatte¹⁰⁰³. Hätte der Unternehmer stattdessen vertragskonform erfüllt und keinen funktionalen Mangel verursacht, so wären entweder diese Aufwendungen nicht entstanden oder er hätte evtl. übersehene/vergessene Leistungen eingepreist, vereinbart und bezahlt bekommen. §§ 634, 635 BGB würden ihn jedoch dazu zwingen, diese Leistungen im Wege der Nachbesserung kostenlos und für den Auftraggeber nachteilslos zu erbringen. Dem Besteller würde mithin aus der Nacherfüllung eines funktionalen Mangels eine Besserstellung gegenüber der ordnungsgemäßen vertraglichen Erfüllung zufließen.

Rechtsprechung und Gesetzgeber haben in Kenntnis dieser Situation unter Kostentragungsgesichtspunkten reagiert (dazu unten). Offen ist jedoch der Umgang mit den zeitlichen Auswirkungen und Konsequenzen. Dies mag folgender (fiktiver, aber praxisnaher) Fall zeigen:

Besteller und Unternehmer vereinbaren die Ausführung eines Werkes. Teil der Vereinbarung ist auch ein kalendermäßig bestimmter Termin, unterlegt mit einer Vertragsstrafe. Tatsächlich tritt in der Abwicklungsphase ein funktionaler Mangel auf, der zur Überschreitung dieses Termins führt. Der Besteller macht Vertragsstrafe und weitergehende Verzugsschäden geltend.

Zur Herstellung der Funktionalität und Zwecktauglichkeit sind ergänzenden Leistungen erforderlich, die, wären sie vom Unternehmer von Anfang an berücksichtigt worden, zur Vereinbarung eines späteren Termins geführt hätten. Was bedeutet das für die Geltendmachung von Vertragsstrafe und Verzugsschäden?

4.4.4.2 Vergütungsfolgen – Ansätze der Rechtsprechung und Literatur

Wären Handlungen zur Herbeiführung des werkvertraglichen Erfolgs an sich erforderlich gewesen, sind aber tatsächlich von den Vertragsparteien nicht berücksichtigt worden, spricht man von Soviesokosten¹⁰⁰⁴. Es besteht vor dem Hintergrund der Rechtsprechung zum funktionalen Herstellungs-/Mangelbegriff Einmütigkeit zwischen Rechtsprechung und Literatur, dass diese Soviesokosten dem Unternehmer auszugleichen sind¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰³ Kniffka iBrOK BauVertrR/von Rintelen BGB § 631 Rn. 233: „das verpreiste Leistungssoll“

¹⁰⁰⁴ MüKoBGB/Busche, 8. Aufl. 2020, BGB § 635 Rn. 24

¹⁰⁰⁵ Kniffka/Kooble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, Teil 5, A, IV 1 a Rn. 77, MüKoBGB/Busche a.a.O., Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, 4. Aufl. 2022, BGB § 635 Rn. 87, Steffen/Frieder a.a.O., III a.E., für die Rechtsprechung wegweisend: BGH, Urteil vom 17-05-1984 - VII ZR 169/82 = NJW 1984, 2457

Dogmatisch werden mehrere Begründungsansätze vertreten:

Vorteilsausgleichung¹⁰⁰⁶

In seinem einleitenden Urteil erläutert der BGH zur dogmatischen Begründung sehr ausführlich:

Die im Bereich des Schadensersatzrechts entwickelten Grundsätze der Vorteilsausgleichung beruhen auf dem Gedanken, daß dem Geschädigten - jedenfalls in gewissem Umfang - diejenigen Vorteile zuzurechnen sind, die ihm in adäquaten Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen. Es soll ein gerechter Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstreitenden Interessen herbeigeführt werden. Der Geschädigte darf nicht besser gestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde; das wäre ein unbilliges Ergebnis. Andererseits sind nicht alle durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, sondern nur solche, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, d. h. dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet (...). Vor- und Nachteile müssen bei wertender Betrachtungsweise gleichsam zu einer Rechnungseinheit verbunden sein (...).

Letztlich folgt der Rechtsgedanke der Vorteilsausgleichung aus dem in § 242 BGB festgelegten Grundsatz von Treu und Glauben (...). Das in ihm verkörperte Gerechtigkeitsgebot kommt auch außerhalb des Schadensersatzrechts in zahlreichen anderen Vorschriften zum Ausdruck - z. B. in §§ 324 I 2, 642 II, 649 S. 2 Halbs. 2 BGB (..) - und ist deshalb auf Nachbesserungs- und Kostenerstattungsansprüche gem. §§ 633 II, III BGB, 13 Nr. 5 VOB/B entsprechend anzuwenden (Brandt, BauR 1982, 533; Ingenstau-Korbion, VOB, 9. Aufl., B § 13 Rdnr. 247; Daub-Piel-Soergel-Steffani, VOB Teil B, ErlZ B 13.403; Heiermann-Riedl-Schwaab, VOB, 3. Aufl., B § 13 Rdnr. 59 a; Soergel, in: MünchKomm, § 633 Rdnr. 118; a. A. Groß, NJW 1971, 648 (649); Werner-Pastor, Der Bauprozeß, 4. Aufl., Rdnr. 1730).

Störung des Äquivalenzinteresses¹⁰⁰⁷

Eine andere, später vom BGH vertretene Auffassung setzt dogmatisch anders an:

„Haben die Parteien neben dem Werkerfolg eine bestimmte Herstellungsart nach Vorgaben des Auftraggebers ausdrücklich vereinbart, so wird regelmäßig nur diese durch die Vergütungsvereinbarung abgegolten. Schuldet der Auftragnehmer zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs zusätzlichen Herstellungsaufwand, der nicht von der Vergütung erfasst ist, ist das rechtsgeschäftlich festgelegte Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gestört. Im Rahmen eines Vertrags, in

¹⁰⁰⁶ BGH NJW 1984, 2457, 2458 II 1 a

¹⁰⁰⁷ BGH NJW 2018, 391, 394, Rn. 37 und 38

den die VOB/B (2006) einbezogen ist, schaffen die Regelungen in §§ 1 Nr. 3 und 4, § 2 Nr. 5 und § 2 Nummer 6 VOB/B (2006) hierfür einen Ausgleich. Danach kann der Auftraggeber den zur Erreichung des Werkerfolgs erforderlichen zusätzlichen Herstellungsaufwand anordnen. Dem Auftragnehmer steht hierfür eine Nachtragsvergütung zu, die sich nach § 2 Nr. 5 oder § 2 Nr. 6 VOB/B (2006) oder bei fehlender Anordnung nach § 2 Nr. 8 VOB/B (2006) bestimmt.“¹⁰⁰⁸

Im Rahmen des BGB wird mit diesem Argument der Äquivalenzstörung auch auf §§ 631, 632 BGB bzw. §§ 650b und c BGB Bezug genommen.¹⁰⁰⁹

Ergänzende Vertragsauslegung¹⁰¹⁰

Nach dieser Auffassung ergeben sich Sowiesokosten im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gem. § 157 BGB sofern die Parteien sich im Wissen um die Unzulänglichkeit oder Untauglichkeit der gewählten Ausführungsart von vornherein auf die im Rahmen der Nachbesserung erforderliche Leistung geeinigt hätten.¹⁰¹¹

Ohne die Richtigkeit dieser Auffassungen als solche zu bewerten, ist jedoch eine klare Gemeinsamkeit erkennbar: Alle Auffassungen sind bestrebt, den Zustand zu schaffen, der bei von Anfang an ordnungsgemäßer vertraglicher Erfüllung bestanden hätte¹⁰¹². Im Bereich der Sowiesokosten ist die Situation auf Basis der zu der Zeit geltenden Preise abzubilden, in der die Leistung auszuführen gewesen wäre¹⁰¹³. Präziser formuliert bspw. das OLG Nürnberg:

*„Bei der Ermittlung der Sowieso- oder Ohnehinkosten ist von der zur Bauzeit üblichen, aus damaliger Sicht sicher zum Erfolg führenden Arbeitsweise und dem damaligen Preisniveau auszugehen.“*¹⁰¹⁴

Hinsichtlich der zum Erfolg führenden Arbeitsweise ist darauf abzustellen, wie richtigerweise von Anfang an hätte vorgegangen werden müssen, und was dieser Weg (mehr) gekostet hätte¹⁰¹⁵.

¹⁰⁰⁸ Ebenso: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, a.a.O., Rn. 77

¹⁰⁰⁹ Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, a.a.O.,

¹⁰¹⁰ MüKoBGB/Busche, 8. Aufl. 2020, BGB § 635 Rn. 24

¹⁰¹¹ BGHZ 91, 206 (211 f.) = NJW 1984, 2457; BGH NJW-RR 1990, 728 (729); 1990, 89; BauR 1976, 430 (432); OLG Celle BauR 1998, 801 (802); Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, § 634 Rn. 24, MüKoBGB/Busche a.a.O.en

¹⁰¹² Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, 4. Aufl. 2022, BGB § 635 Rn. 89,

¹⁰¹³ Vgl. BGH NJW-RR 1994, 148, 149, II 3 a.E., abweichend: MüKoBGB/Busche BGB § 635 Rn. 24 „Zeitpunkt des Vertragsschlusses“

¹⁰¹⁴ OLG Nürnberg, Urteil vom 29.11.2000 - 4 U 2053/99 = BauR 2001, 961 = IBR 2001, 532

¹⁰¹⁵ OLG Nürnberg a.a.O mit Anmerkung Baden in IBR 2001, 532

4.4.4.3 Auswirkungen für Fragen der Bauzeit

Ausgangspunkt: Terminalsoll, § 271 BGB, Grundlagen der Fortschreibung:

Diesbezüglich kann auf das Vorstehende verwiesen werden.

keine eigenständige Anspruchsgrundlage für Rechtsfolgen aus einer verschobenen Bauzeit

Wie Markus¹⁰¹⁶ zurecht ausführt, bestehen im BGB überhaupt keine Normen zur Fortschreibung der Bauzeit, in der VOB/B legen die Regelungen der §§ 6 Abs. 2 bis 4 VOB/B kraft vertraglicher Vereinbarung unter Einbeziehung der VOB/B immerhin fest, ob und welche Behinderungen im Sinne von § 6 Abs. 1 VOB/B zur Verlängerung von Ausführungsfristen führen¹⁰¹⁷.

Allerdings greift § 6 Abs. 2 bis 4 VOB/B im Ergebnis tatbestandlich nicht ein: Manche Rechtsprechung und Literatur nimmt für den dort tatbestandlichen Begriff der Behinderungen Bezug auf den vertragskonformen Bauablauf¹⁰¹⁸ oder die ordnungsgemäße Ausführung¹⁰¹⁹, verlangt also eine mangelfreie Leistung als Voraussetzung.

Doch selbst wenn man diese Auffassung nicht vertritt, lägen die übrigen tatbestandlichen Merkmale nicht vor: Für § 6 Abs. 2 Nr. 1 c, Abs. 2 Nr. 2 VOB/B mangelt es beim funktionalen Mangel an einem „für den Auftragnehmer unabwendbaren Ereignis“, für § 6 Abs. 2 Nr. 1 b VOB/B an Streit oder Aussperrung. Auch ein Umstand aus dem Risikobereich des Auftraggebers (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 a VOB/B) ist nicht gegeben. Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Bestimmung der Pflichten- und Risikobereiche aus dem Vertrag selbst erfolgen muss¹⁰²⁰. Die maßgebliche, die Äquivalenzstörung erst auslösende Pflicht ist diejenige zur Herstellung des werkvertraglichen Erfolgs. Diese Pflicht ist den Auftragnehmer zugewiesen.

4.4.4.4 Zeitfortschreibung

Stattdessen ist zunächst lapidar zu konstatieren, dass der geschlossene Werkvertrag unter dem Makel eines funktionalen Mangels steht; es offenbart sich darin eine Ausführung, mit der die vereinbarte Funktionalität nicht erreicht wird. Von hier aus stellt sich zunächst wie in jedem Vertrag die Frage, ob die Parteien diesbezüglich eine Einigung gem. § 311 Abs. 1 BGB bspw. in Form eines Vergleichsvertrags gem. § 779 BGB, in Ansehung dieses funktionalen Mangels getroffen haben.

¹⁰¹⁶ Markus: Anforderungen an die Begründung von Ansprüchen wegen bauzeit-verlängernden Behinderungen, NZBau 2014, 688ff

¹⁰¹⁷ Kapellmann/Messerschmidt/Markus, 7. Aufl. 2020, VOB/B § 6 Rn. 17, Markus NZBau 2014, 688, NWJS/Sonntag VOB/B § 6 Rn. 11,

¹⁰¹⁸ Kapellmann/Messerschmidt/Markus VOB/B § 6 Rn. 1, Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, Rn. 1202, weitere Definitivansätze in Drittler Nachträge und Nachtragsprüfung beim Bau- und Anlagenbauvertrag, Stand: 25.01.2021, 4.1.2 a2, Rn. 23 und 24

¹⁰¹⁹ BGH NJW-RR 1990, 403, II 2

¹⁰²⁰ BeckOK VOB/B/Oberhauser VOB/B § 6 Abs. 2 Rn. 2

Ebenso können der konkrete Vertrag selbst bereits vertragliche einschlägige Regelungen zur Zeitfortschreibung enthalten oder die Parteien eine ständige Übung darüber entwickelt haben.

Soweit eine Einigung besteht oder ein Einigungsweg im Vertrag bereits angelegt ist, wird dies als vorrangig und bindend zu betrachten sein.

Wenn und soweit eine solche Einigung nicht vorliegt, offenbart sich zunächst eine Vertragslücke. Denn es offenbart sich auf der Basis fehlender Einigung, dass es dem Vertrag an Regelungen zur Zeitfortschreibung für den Fall des funktionalen Mangels fehlt. Auch der Rückgriff auf dispositives Recht scheitert mangels Regelungen zur Zeitfortschreibung für diesen Fall. Somit ergibt sich ein Auseinanderfallen zwischen dem ausdrücklichen Erklärungsinhalt des Vertrags einerseits und dem auf die Rechtswirklichkeit bezogenen als vollständig und richtig vorgestellten Regelungsgefüge andererseits¹⁰²¹ genau im Punkt der fehlenden Zeitfortschreibungsregelungen. Dabei ist es unerheblich, ob diese Lücke von Anfang an bestand oder sich (wie hier durch das Auftreten eines funktionalen Mangels während der Ausführung des Werkvertrags) erst später ergibt¹⁰²². Die Lücke ist daher als planwidrig anzusehen.

Diese planwidrige Lücke ist nach Maßgabe der §§ 133, 157 BGB durch ergänzende Auslegung zu schließen. Es stellt sich daher die Frage, was die Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den weder vereinbarten noch gesetzlich unmittelbar geregelten Fall bedacht hätten¹⁰²³, ohne dass dies jedoch zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen darf¹⁰²⁴.

Dabei entspricht es der Redlichkeit und dem bestmöglichen Ausgleich der wechselseitigen Interessen, dass durch die unvorhergesehene Veränderung der auszuführenden Leistungen keine der Vertragsparteien eine Besser- oder Schlechterstellung erfahren soll.¹⁰²⁵ Keine der Parteien darf vom Nachteil der anderen Partei profitieren.¹⁰²⁶

Bei Austauschverträgen wie dem Werkvertrag besteht dabei die Vermutung, dass die vereinbarte Leistung und die vereinbarte Gegenleistung einander äquivalent sind und im ausgewogenen Verhältnis stehen¹⁰²⁷. Gerade bei Bauverträgen ist dieses Äquivalenzverhältnis regelmäßig nur unter Einbeziehung der Leistungszeit gegeben. Wird diese Leistungszeit verzögert, ist dies zu berücksichtigen¹⁰²⁸.

¹⁰²¹ MüKoBGB/Busche BGB § 157 Rn. 40

¹⁰²² BGH NJW-RR 2015, 183, 185, 13

¹⁰²³ Vgl. BGH ZfBR 2019, 777, 780 Rn. 28

¹⁰²⁴ BGH NJW-RR 2015, 183, 185, Rn. 13

¹⁰²⁵ BGH a.a.O. zur unvorhergesehenen Massenänderung im Einheitspreis gem. § 2 Abs. 3 VOB/B, dies ist aus im Kontext der Billigkeit und Redlichkeit ohne weiteres auf andere, unvorhergesehene Leistungsmodifikationen übertragbar, MüKoBGB/Busche BGB § 157 Rn. 47 m.w.N.,

¹⁰²⁶ BGH a.a.O.

¹⁰²⁷ MüKoBGB/Busche BGB § 157 Rn. 47,

¹⁰²⁸ MüKoBGB/Busche a.a.O. unter Verweis auf BGH NJW 2010, 519, 520, Rn. 19

Wertungen aus den Sowiesokosten:

Folgt man den obigen in der Behandlung der Rechtsfolgen einmütigen Meinungen zur Vorteilsausgleichung, sind die dort genannten Grundsätze im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung auf die Zeitfortschreibung übertragbar: Man wird zunächst für den Vertrag davon ausgehen dürfen, dass darin ein Äquivalent aus Leistung (das Werk), Vergütung (der Werklohn) und Zeit angelegt ist. Wie oben herausgearbeitet, ist unter dem Parameter „Zeit“ die zur Herstellung notwendige Zeit unter alsbaldigem Beginn und zügiger Durchführung zu verstehen. Unter dem Parameter „Werk“ sind der Erfolg und auch das sonstige Bausoll nach Bauinhalt (was ist zu bauen?) und Bauumständen (wie ist zu bauen?) unter Einschluss des Ablaufs, des Bauverfahrens und der Beschaffenheiten¹⁰²⁹ zu verstehen. Dieser Vertragsinhalt ist für die ergänzende Vertragsauslegung maßgeblich¹⁰³⁰ und setzt den Rahmen.

Ihn gilt es deswegen auch für den Fall der Zeitfortschreibung unter dem funktionalen Mangel weiterzutragen.

Führt die Pflicht zur Beseitigung eines funktionalen Mangels zu einer Störung in der vorstehend beschriebenen Äquivalenz, wird dieses Missverhältnis dadurch behoben, dass die Parteien so gestellt werden sollen, wie sie gestanden hätten, wenn das Werk von Anfang an richtig, sprich auch funktional und zwecktauglich erstellt worden wäre (s.o.). Wie oben bereits festgestellt beschränkt sich dabei die Äquivalenzstörung auf den zusätzlichen Herstellungsaufwand, der zur Erreichung des Werkerfolgs erforderlich gewesen wäre.

Übertragung auf die Zeit

Der dafür maßgebliche Zeithorizont wird (für die Sowiesokosten) unpräzise beschrieben mit „...Zeit, in der die Leistung auszuführen gewesen wäre“¹⁰³¹ oder es ist stattdessen nur ungenau von „der damaligen Bauzeit“ die Rede¹⁰³².

Richtiger Weise ist auch der zusätzliche Herstellungsaufwand unter dem Äquivalenzverhältnis zu sehen, das der Vertrag in sich trägt. Man wird konsequent also das Terminsoll, das dem vereinbarten, zum Werkerfolg inkongruenten Ausführungswillen zugeordnet ist, detailliert und präzisiert nach Beginn, zügiger Durchführung und Beendigung sowie zwischengelagertem und ggf. durch technische Abhängigkeiten des Einzelfalls sich ergebendem Soll-Bauablauf, unter Beachtung der Soll-Bauumstände, der Soll-Herstellungsmethoden und -systeme, hypothetisch fortschreiben müssen.

Vereinfacht gesagt, wird man auf der Basis des so verstandenen Bausolls in den Bauablauf, wie er sich aus dem Terminsoll ergibt, den zusätzlichen Herstellungsaufwand zur Beseitigung des funktionalen Mangels einfügen und terminlich und im Bauablauf verorten müssen.

Diesem Aufwand sind dabei primär die Umstände, Ressourcen und Methoden zugrunde zu legen, wie sie im Vertrag bereits angelegt sind und sich ggf. in dessen Umsetzung offenbaren. Nur dort, wo die System- oder Methodenwahl des Vertragssolls für den funktionalen Mangel (mit-)ursächlich ist, wird man praxisnah davon ausgehen dürfen, dass die Parteien stattdessen eine in den

¹⁰²⁹ Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann VOB/B § 2 Rn. 31

¹⁰³⁰ BGH NJW-RR 2015, 183, 185 Rn. 13 a.E.: Ergänzung nur des Inhalts, nicht des Willens

¹⁰³¹ Vgl. BGH NJW-RR 1994, 148, 149, II 3 a.E., abweichend: MüKoBGB/Busche BGB § 635 Rn. 24 „Zeitpunkt des Vertragsschlusses“

¹⁰³² OLG Nürnberg, Urteil vom 29.11.2000 - 4 U 2053/99 = BauR 2001, 961 = IBR 2001, 532

einschlägigen Fachkreisen übliche Ausführungsart zur Anwendung gebracht hätten, die den funktionalen Mangel sicher vermeidet.

4.4.4.5 Fazit

Ist der Unternehmer zur Beseitigung eines funktionalen Mangels verpflichtet, muss er, soweit einzelvertragliche Vereinbarungen nicht entgegenstehen, in ergänzender Vertragsauslegung zeitlich so gestellt werden, als wäre das Werk von Anfang an richtig hergestellt worden.

Auszugehen ist von dem Terminsoll, das dem vereinbarten, zum Werkerfolg inkongruenten Ausführungswillen zugeordnet ist, detailliert und präzisiert nach Beginn, zügiger Durchführung und Beendigung sowie zwischengelagertem und ggf. durch technische Abhängigkeiten des Einzelfalls sich ergebendem Soll-Bauablauf, unter Beachtung der Soll-Bauumstände, der Soll-Herstellungsmethoden und -systeme. Hierin wird man den zusätzlichen Herstellungsaufwand zur Beseitigung des funktionalen Mangels einfügen und terminlich und im Bauablauf verorten müssen (Sowieso-Zeit). Diesem Aufwand sind dabei primär die Umstände, Ressourcen und Methoden zugrunde zu legen, wie sie im Vertrag bereits angelegt sind und sich ggf. in dessen Umsetzung offenbaren. Nur dort, wo jene für den funktionalen Mangel (mit-)ursächlich sind, wird man praxisnah davon ausgehen dürfen, dass die Parteien stattdessen eine in den einschlägigen Fachkreisen übliche Ausführungsart zur Anwendung gebracht hätten, die den funktionalen Mangel sicher vermeidet.

Der Werkvertrag führt, sofern der Unternehmer einen funktionalen Mangel beseitigt, automatisch infolge ergänzender Vertragsauslegung zu einer Anpassung der Zeit nach den vorstehenden Grundsätzen. Nachteile wie bspw. Verzug, Schadenersatz etc. können dem Auftragnehmer (bei Vorliegen der jeweils einschlägigen Voraussetzungen im übrigen) erst nach Ablauf des um die Sowieso-Zeit fortgeschriebenen ursprünglichen Terminsolls bzw. Sollbauablaufs entstehen.

4.4.5 Erkenntnismöglichkeiten aus anderen Rechtsordnungen und -quellen

4.4.5.1 Österreich

Auch das österreichische Recht kennt Termine und Schuldnerverzug §§ 918ff ABGB. Die Vorschriften der §§ 918ff ABGB beinhalten jedoch weitestgehend dispositives Recht¹⁰³³. Allerdings ist tatbestandlich lediglich die Verspätung (§ 904 ABGB) mit der noch möglichen Hauptleistungspflicht erforderlich¹⁰³⁴. Anknüpfungspunkt ist also die Fälligkeit¹⁰³⁵ - anders als nach deutschem Recht. Von den Rechtsfolgen her wird dem Gläubiger nach seiner Wahl¹⁰³⁶ entweder Erfüllung oder Rücktritt vom Vertrag ermöglicht und jeweils daneben und sofern der Verzug vom Unternehmer auch verschuldet ist, noch Schadenersatz gewährt. Dabei wird das Verschulden gem. § 1298 S. 1 ABGB vermutet¹⁰³⁷.

¹⁰³³ Koziol/Bydlinski/Bollenberger- Bydlinski, ABGB-Kommentar, 2. Aufl. 2007, vor §§ 918 ff Rn. 3

¹⁰³⁴ Koziol/Bydlinski/Bollenberger- Bydlinski, ABGB-Kommentar, 2. Aufl. 2007, § 918 Rn. 4

¹⁰³⁵ Koziol/Bydlinski/Bollenberger-Bollenberger, ABGB-Kommentar, 2. Aufl. 2007, § 904 Rn. 1

¹⁰³⁶ Koziol/Bydlinski/Bollenberger- Bydlinski, ABGB-Kommentar, 2. Aufl. 2007, § 918 Rn. 3

¹⁰³⁷ Koziol/Bydlinski/Bollenberger- Bydlinski, ABGB-Kommentar, 2. Aufl. 2007, § 918 Rn. 3

Weiterhin ist es richterrechtlich gesichert, dass der Gläubiger trotz ursprünglicher Erfüllung jederzeit auf Rücktritt (mit Nachfristsetzung) umzuschwenken¹⁰³⁸. Neben Erfüllung/Rücktritt ist der Gläubiger noch zum Schadenersatz berechtigt, sofern der Verzug vom Unternehmer auch verschuldet ist¹⁰³⁹.

Damit stellt das Gesetz die Parteien hier sehr früh vor die Wahl, sich für oder gegen die schärfste Eskalation, nämlich die der Kündigung, zu entscheiden, oder zu dulden und späterhin über den Weg des Schadenersatzes zu liquidieren. In der Praxis scheuen beide Parteien insbesondere in der Frühphase eines Projekts davor zurück, sofort zu kündigen. Allerdings gerät der Auftragnehmer dann zumeist in die Hinterhand: ist er der Steller eines streitigen Anspruchs, läuft er bildlich gesprochen dem Geld hinterher, ist der Auftraggeber der Anspruchssteller, kann er seinen Anspruch durch Einbehalt und Aufrechnung von berechtigtem Werklohn realisieren. Bestenfalls erlangt der Auftragnehmer Sicherheit für den Werklohn in Höhe von 20% des Werklohns gem. § 1170b ABGB, am Hinterherlaufenmüssen ändert das allerdings nichts.

Ihren Grenzen finden Möglichkeiten vertraglich abweichender Lösungen, in §§ 879 Abs. 1 (Sittenwidrigkeit), 3 (AGB-widrigkeit) ABGB und § 864a ABGB (ungewöhnliche und benachteiligende Regelungen).

Nach § 879 III ABGB ist eine Vertragsklausel bspw. unwirksam, wenn sie ein unvorhersehbares oder doch unkalkulierbares Risiko ohne entsprechend Abgeltung auf den Gegner überträgt¹⁰⁴⁰. Eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 III ABGB aber auch Benachteiligung im Sinne von § 864a ABGB liegt vor, wenn die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers ein unkalkulierbares und nach oben hin unbegrenztes Risiko auf den Auftragnehmer abwälzen, so dass im Ergebnis zwischen der geschuldeten Leistung des Auftragnehmers und dem hierfür bezahlten Entgelt ein auffallendes Missverhältnis droht¹⁰⁴¹.

Solche unkalkulierbaren Risiko und auffallendes Mißverhältnis wird immer dann vorliegen, wenn

- ein sorgfältiger und fachmännischer Kalkulant anhand der Ausschreibungsunterlagen und
- der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses objektiv bekannten Umstände der Leistungserbringung
- den tatsächlichen Schwierigkeits- bzw Risikograd nicht erkennen konnte. Verfügt ein fachmännischer Bauunternehmer bereits im Zeitpunkt der Anbotsstellung über keine objektiven Kriterien, um die Kosten eines Werkes zu bestimmen, sodass eine Kalkulation des Preises unmöglich ist, liegt eine unzulässige Risikoüberwälzung vor¹⁰⁴².

Die Schwelle zur Sittenwidrigkeit ist nicht groß. Sittenwidrigkeit liegt vor, wenn

¹⁰³⁸ OGH 6 Ob 572/95, OGH 3 Ob 210/97x

¹⁰³⁹ Koziol/Bydlinski/Bollenberger-Bydlinski, ABGB-Kommentar, 2. Aufl. 2007, § 918 Rn. 3

¹⁰⁴⁰ Koziol/Bydlinski § 879 ABGB Rn. 9 unter Verweis auf Krejci R Rz 104 und 246, OGH 7 Ob 2382/96m, 3 Ob 146/99 p, 5 Ob 113/04k, Thaler ecolex 2001, 192

¹⁰⁴¹ OGH 7Ob2382/96m unter Verweis auf Krejci, Bauvertrag: Wer trägt das Baugrundrisiko? 108 ff

¹⁰⁴² Müller/Stempkowski-Weselik, Handbuch Claim-Management, S. 267

- das Risiko, auch wenn es kalkulierbar ist, aus der Sphäre des Bauherrn stammt und kein sachlicher Grund für die unentgeltliche vertragliche Abwälzung dieser Gefahr auf den vom Bauherrn abhängigen Auftragnehmer vorliegt;
- die Risikoüberwälzung darauf abzielt, dem Auftragnehmer Nachteile zuzuweisen, die im qualifiziert schuldhaften Verhalten des Bauherrn oder seiner Leute ihren Grund haben;
- das abgewälzte Risiko im Vergleich mit den vertraglichen Rechten und Pflichten des Vertragspartners als übermäßig bzw. unverhältnismäßig qualifiziert werden kann.¹⁰⁴³

Im Ergebnis liegen diese Kriterien nicht weit weg von der deutschen Sicht der Dinge. Dies bestärkt in Vertragsverhandlungen eher, solche Argumente zu verwenden.

4.4.5.2 FIDIC

Auch die FIDIC-Texte sehen ein ähnliches Grundkonzept vor.

Der Vertrag kann einen Rahmen setzen durch den Commencement Date nebst zugehörigem Abruf durch Notice (8.1. Red/Yellow/Silver Book 2017) und durch die Time for Completion (8.2. Red/Yellow/Silver Book 2017) und durch evtl. Zwischentermine (Sections), die im Bauzeitenplan, dem Programme (8.3 Red/Yellow/Silver Book 2017) niedergelegt sind.

Soweit der Rahmen Lücken lässt, überlassen es die FIDIC-Texte dem Auftragnehmer, sie zu schließen. 8.1 3. Absatz bestimmt dazu:

The Contractor shall commence the execution of the Works on, or as soon as is reasonably practicable after, the Commencement Date and shall then proceed with the Works with due expedition and without delay.

Wird ein Terminplan vereinbart, sind die Vorgaben, die 8.3 macht, recht kleinschrittig: Der Terminplan und auch jede Fortschreibung (revised Programme) davon müssen zwingend folgenden Inhalt haben:

- (a) *the Commencement Date and the Time for Completion, of the Works and of each Section (if any);*
- (b) *the date right of access to and possession of (each part of) the Site is to be given to the Contractor in accordance with Sub-Clause 2.1 [Right of Access to the Site];*
- (c) *the order in which the Contractor intends to carry out the Works, including the anticipated timing of each stage of design, preparation and submission of Contractor's Documents, procurement, manufacture, inspection, delivery to Site, construction, erection, installation, work to be undertaken by any nominated Subcontractor (as defined in Clause 4.5 [Nominated Subcontractors]), testing, commissioning and trial operation;*
- (d) *the Review periods under Sub-Clause 5.2.2 [Review by Employer], and periods for Review for any other submissions specified in the Employer's Requirements or required under these Conditions;*

¹⁰⁴³ Krejci, Zulässigkeitsgrenzen bauvertraglicher Risikoverschiebungen zu Lasten des AN, wbl 1999, 385.

- (e) *the sequence and timing of inspections and tests specified in, or required by, the Contract;*
- (f) *for a revised programme: the sequence and timing of the remedial work (if any) to which the Employer has given a Notice of No-objection under Sub-Clause 7.5 [Defects and Rejection] and/or the remedial work (if any) instructed under Sub-Clause 7.6 [Remedial Work];*
- (g) *all activities (to the level of detail specified in the Employer's Requirements), logically linked and showing the earliest and latest start and finish dates for each activity, the float (if any), and the critical path(s);*
- (h) *the dates of all locally recognised days of rest and holiday periods (if any);*
- (i) *all key delivery dates of Plant and Materials;*
- (j) *for a revised programme and for each activity: the actual progress to date, any delay to such progress and the effects of such delay on other activities (if any); and*
- (k) *a supporting report which includes:*
 - (i) *a description of all the major stages of the execution of the Works;*
 - (ii) *a general description of the methods which the Contractor intends to adopt in the execution of the Works;*
 - (iii) *details showing the Contractor's reasonable estimate of the number of each class of Contractor's Personnel, and of each type of Contractor's Equipment, required on the Site, for each major stage of the execution of the Works;*
 - iv) *if a revised programme, identification of any significant change(s) to the previous programme submitted by the Contractor; and*
 - (v) *the Contractor's proposals to overcome the effects of any delay(s) on progress of the Works.*

Diese Vorgaben sind extrem kleinschrittig und verlangen dem Auftragnehmer einen hohen Aufwand ab. Nach Erfahrung des Verfassers ist dies nur ab höheren Projektgrößen und Auftragswerten wirtschaftlich, u.a. deshalb, weil die Verpflichtung zur Fortschreibung während der gesamten Ausführungsdauer in der Personalplanung des Projekts eigene Terminplaner in Vollzeit, bei kleinen Projekte ggf. auch in Teilzeit erfordert, die regelmäßig durch den Auftrag finanziert werden müssen.

Allerdings bilden diese Anforderungen nur die rein terminliche Seite ab. In der Praxis werden technologische Gesichtspunkte der Abwicklung parallel durch sog. „Method Statements“ abgebildet, also Beschreibungen der Herangehensweise, Methoden, Geräte usw., Sicherheitsaspekte durch entsprechende Dokumentation. Im Zusammenspiel gibt dies ein sehr engmaschiges Netz des Auftraggebers.

Ohne Programme geben die FIDIC-Texte dem Auftragnehmer ziemlich freie Hand, in dem 8.1 Abs. 3 nur vorgibt, er möge am Commencement Date oder sobald es vernünftigerweise praktikabel ist, beginnen und dann mit gebührender Beschleunigung und ohne Verzögerung (due expedition and without delay) ausführen.

Mit Programme wird das Korsett enger (siehe 8.3. Red/Silver/Yellow Book 2017, drittletzter Absatz):

The Employer shall Review the initial programme, and each revised programme, submitted by the Contractor and may give a Notice to the Contractor stating the extent to which it does not comply with the Contract or ceases to reflect actual progress or is otherwise inconsistent with the Contractor's obligations. If the Employer gives no such Notice:

- within 21 days after receiving the initial programme; or

- within 14 days after receiving a revised programme

the Employer shall be deemed to have given a Notice of No-objection and the initial programme or revised programme (as the case may be) shall be the Programme.

The Contractor shall proceed in accordance with the Programme, subject to the Contractor's other obligations under the Contract. The Employer's Personnel shall be entitled to rely on the Programme when planning their activities.

Der Unternehmer ist damit terminplanerisch in der Bringpflicht, aber nicht in der Detaillierungshoheit. Der Employer muss zustimmen, ansonsten darf der Unternehmer diesen von ihm vorgeschlagenen Terminplan nicht zur Ausführungsgrundlage machen; d.h. er ist noch an den alten Termin gebunden. Die Genehmigungsfristen sind zudem mit 21 Tagen für den ersten Bauzeitenplan (initial Programme) und 14 Tagen für die Fortschreibungen (revised Programme) festgelegt. Dies ist in vielen Projekten nach Erfahrung des Verfassers gerade für die revised programmes viel zu lang, manche Projekte haben nicht einmal eine absolute Vor-Ort-Ausführungszeit, die so lang wäre. Viele Projekte ändern sich schneller als die Genehmigungsfrist. Zudem entspricht es der Bauüblichkeit, regelmäßige Baubesprechungen/Jour Fixe im Wochenrhythmus abzuhalten, wo u.a. Situationen, die auf den Bauablauf Einfluss nehmen können, besprochen werden. Da wären zumindest 14-tägige Reaktionszeiten zu lang.

Der Ansatz mit Programme sichert dem Auftraggeber letztlich weitaus mehr Zugriffsmöglichkeiten den Bauablauf als das deutsche gesetzliche Äquivalent bzw. der Ansatz der FIDIC-Texte ohne Programme. Das Terminrisiko des Unternehmers ist in jedem Fall dasselbe, die Kontroll- und Einwirkmechanismen des Bestellers im Ansatz mit Programme aber deutlich größer, wohingegen die Gestaltungsmöglichkeiten des Unternehmers geringer werden.

Das zwingt dazu, auf Kompensation und Korrektive zu blicken, die die FIDIC-Texte vorsehen:

Ausdrücklich ist nur der Einspruch des Employer geregelt (8.3 Notice of Objection). Der Employer soll Konsens herstellen, muss es aber nicht (3.5.1). Der Unternehmer ist dagegen ist darauf angewiesen, Konsens mit dem Employer herzustellen, was in der Praxis regelmäßig zu Abstrichen zwingt. Ansonsten wird das neue Programme nicht wirksam (8.3 drittletzter Absatz), ansonsten hat er noch keinen Anspruch auf Bauzeitverlängerung. Damit weist der Weg recht schnell nur auf Art. 20 (Claims), insbesondere Art. 20.1 (Claims for Payment and/orr Extension of Time EOT) und auf Art. 21: Dispute and Arbitration. Das ist letztlich sehr schnell sehr konfrontativ.

Ein wirklicher Gewinn in diesem einmal mehr sehr formalistischen Verfahren ist nach Auffassung des Verfassers nicht gegeben.

Immerhin regelt der Vertrag in enger Nähe zum deutschen gesetzlichen Äquivalent, was den Auftraggeber verpflichtet, eine Bauzeitverlängerung zu akzeptieren (8.5):

Leistungsmodifikationen und jegliche negative Einwirkung auf den Bauablauf, die durch den Auftraggeber, sein Personal oder die von ihm eingesetzten Unternehmer verursacht wurde oder zu vertreten ist, wie bspw.

- vom Auftraggeber zu vertretende Terminüberschreitungen für nicht oder verspätet bereitgestellte Genehmigungen, Bescheide, Erlaubnisse, Lizenzen etc. (1.12)
- Zugang zum Arbeitsort für die Dauer der Arbeit (2.1, right to access and possession) und zur Nachbesserung in der Gewährleistungszeit (12.4)A
- Anordnungen des Auftraggebers (instructions, 4.6)
- Zugang und Zufahrt (4.15, access route)
- Archäologische und geologische Funde (4.23)
- Auftraggeberseitige Verzögerungen bei Test des Auftragnehmers (7.4)
- Beseitigung eines durch den Auftraggeber oder sein Personal verursachten Mangels (7.6 remedial work)
- Unterbrechung einer Leistung durch den Employer (8.9, 8.10 und verlängert/prolonged: 8.12)
- Verzögerung der Test zur Abnahme aus vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen (10.3 interference) und nach Abnahme (12.2)
- Zugang für Nachbesserungsarbeiten in der Gewährleistungszeit (11.7)
- Aufwendungen zur Suche von Mängeln, die vom Unternehmer nicht verursacht sind (11.8)
- Modifikationen infolge einer Änderung im Recht (13.6 adjustments for changes in law)
- Zahlungsverzug (14.8)
- Kündigung durch den Auftragnehmer (16.2)
- Schäden am Werk bei Gefahrtragung durch den Besteller (17.2)
- Ereignisse Höherer Gewalt (exceptional events 18.4)
- Einwirkungen von Behörden und Versorgungsunternehmern (8.6)

Insgesamt haben diese vielen ausdrücklich beschriebenen Fälle für Bauzeitverlängerung den Vorteil größerer Anschaulichkeit als das deutsche gesetzliche Äquivalent, das (nur vom Ergebnis her sprechend) die Bereitstellungsobliegenheit eher abstrakt und vom Ziel her formuliert, indem sie dem Auftraggeber aufgibt, alles zu tun, um den Auftragnehmer in die Lage zu versetzen und in der Lage zu halten, vereinbarungsgemäß ausführen zu können (siehe oben 2.4.2.2). Umgekehrt birgt die einzelfallbezogene Definition auch die Gefahr der Lücken, die die ergebnisbezogene Definition der Bereitstellungsobliegenheit nicht hat.

Beiden gemeinsam ist, dass es auf ein vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln nicht ankommt.

Damit bietet die FIDIC-Regelung auch in diesem Lichte keinen wirklichen Gewinn gegenüber dem deutschen gesetzlichen Äquivalent.

Auch die Möglichkeiten, direkt auf die Bauzeit wirkende Anordnungen zu treffen, sind beschränkt auf die Möglichkeit der Suspension (durch den Besteller Art. 8.9 ff, durch den Unternehmer Art. 16).

Der Auftraggeber darf jederzeit eine Leistung oder Teilleistung stoppen (8.9 Absatz 1) unter Kosten- und Zeitausgleich (8.10, 8.11), soweit die Ursache nicht vom Unternehmer zu vertreten ist (8.9 letzter Absatz). Für den Fall, dass die Unterbrechung länger als 84 Tage andauert (8.12), kann der Unternehmer den Besteller zur Wiederaufnahme auffordern und der Besteller hat sich sodann innerhalb von 28 Tagen zu erklären. Widrigenfalls (8.12 Absatz 2) hat man sich entweder auf eine Verlängerung zu vereinbaren (8.12. Absatz 2 (a)) oder dies als zu unterbleibende Anordnung (8.12 Absatz 2 (b): "*omission of the affected part of the Works (as if it had been instructed under Sub-Clause 13.3.1 [Variation by Instruction] with immediate effect including release from any further obligation to protect, store and secure under Sub-Clause 8.9 [Employer's Suspension]*") oder -sofern die Unterbrechung auf die ganze Leistungserbringung wirkt - als Kündigung des Bestellers nach 16.2 anzusehen (8.12 Absatz 2 (b) letzter Satz).

Abgesehen von den klaren Fristenvorgaben entspricht dies ziemlich genau dem Mechanismus, der durch §§ 642, 643 BGB im deutschen Äquivalent besteht.

Auch hier drängt sich die FIDIC-Lösung nicht als bessere Lösung auf.

4.4.5.3 YSE 1998 (Finnland)

Auch das zeitliche Konzept in den finnischen YSE 1998 unterscheidet sich in vielem nicht wesentlich vom deutschen Äquivalent: Setzt der Vertrag einen terminlichen Rahmen, ist dieser zu befolgen (§ 17 I 1), ansonsten gilt § 17 I 2:

If the contract does not contain any time provisions for carrying out the work, it must be started without delay and at the latest within two weeks of the date the contract is entered into and brought to completion as soon as is reasonably possible.

Dies lässt dem Auftragnehmer die Dispositionsfreiheit.

Verzögert die Leistungserbringung anderer Unternehmer die Leistungserbringung des Unternehmers, hat er ehestmöglich zu beginnen und innerhalb der Vertragszeit auszuführen, d.h. zu beschleunigen (§ 17 II). Allerdings erhält er dafür eine Kompensation (§ 19 II für die Zeitverlängerung, § 35 wirtschaftlich).

Hervorzuheben ist, dass auch die YSE Pflichten des Bestellers vorsehen (obligation to collaborate § 8), in deren Verstoßfall der Auftragnehmer ebenfalls zur Kompensation (zeitlich § 19 I, wirtschaftlich § 35) berechtigt ist. Zu diesen Pflichten gehören (soweit nicht im Vertrag anders geregelt, vgl. § 8 I Satz 1, § 8 II Satz 1):

- 8.1 (a) Beibringung der behördlichen Genehmigungen und Erlaubnisse und (b) deren Bezahlung, sowie die Plangenehmigungen, Überarbeitungen etc. durch die Behörden
- 8.2: (a) Erstellung eines Bauzeitenplans und sonstiger zeitlich relevanter Dokumente in Kooperation mit dem Unternehmer, mit der ausdrücklichen Zielvorgabe: „...so that the contractor has enough time to make the procurements and take the preparatory measures.“ (Eine Festlegung, die in dieser Deutlichkeit weder im BGB noch bspw. den FIDIC-Texten oder der VOB/B so enthalten ist).

- 8.2 b: Vollständigkeit, Richtigkeit, Genehmigungsfähigkeit und Widerspruchsfreiheit der Pläne
- 8.2 c: rechtzeitige Beistellungen durch den Besteller
- 8.2 d (wohl das praktisch bedeutsamste Element): Koordination:

d) ensuring that the other work carried out by the client or which he has commissioned another party to carry out during the period of building work does not unnecessarily disturb the work of the contractor and that the work proceeds so that the contractor can complete his own work unhindered.

Insgesamt bleibt jedoch festzuhalten, dass auch die YSE keinen gegenüber dem deutschen gesetzlichen Äquivalent wesentlich neuen Aspekt oder anderen Regelungsmechanismus beinhaltet – abgesehen von Pflicht zur Beschleunigung gegen Zeit- und Geldausgleich in § 17 2 in Verbindung mit 19, 35)

4.4.5.4 Andere Rechtsordnungen

Blickt man auf andere Rechtsordnungen, wie bspw. die der Schweiz, Schwedens, Finnlands, USA, Großbritannien, stellt man fest, dass gesetzliche Regelungen zur Bauzeitanpassung und Kompensation vollständig fehlen. Die Parteien werden in diesem essentiell wichtigen Themenfeld vollständig in die Privatautonomie abgedrängt und allenfalls durch allgemeine Rechtsmechanismen wie Sittenwidrigkeit oder Gesetzeswidrigkeit (im Common law durch die implied terms von Gesetzen wie bspw. dem britischen Unfair Contract Terms Act 1977 und allgemein anerkannter Rechtsprinzipien/doctrines wie bspw. doctrine of duress¹⁰⁴⁴ (insb. economic duress), doctrine of undue influence¹⁰⁴⁵, doctrine of unconscionability¹⁰⁴⁶ (UK) oder für die USA¹⁰⁴⁷ Lack of Capacity, Duress, Undue Influence, Misrepresentation, Nondisclosure, Unconscionability¹⁰⁴⁸, Public Policy, Mistake, Impossibility).

Man wird damit zur Regelung dieses Themenfeld vollständig auf privatautonome Regelungen verwiesen, d.h. der Markt- und Verhandlungsmacht der Vertragsparteien überantwortet.

Erkenntnisse im Hinblick auf Modifikationsmöglichkeiten lassen sich daraus kaum gewinnen.

¹⁰⁴⁴ https://en.wikipedia.org/wiki/Duress_in_English_law illegitimate threats to make a party enter an agreement

¹⁰⁴⁵ https://en.wikipedia.org/wiki/Undue_influence_in_English_law a transaction may be set aside if it was procured by the influence exerted by one person on another, such that the transaction cannot "fairly be treated the expression of [that person's] free will.

¹⁰⁴⁶ https://en.wikipedia.org/wiki/Unconscionability_in_English_law : inequality of bargaining power

¹⁰⁴⁷ <https://www.ttclub.com/news-and-resources/news/tt-talk/2016/tt-talk-unfair-contract-terms-generally-in-common-law/>

¹⁰⁴⁸ In the US, unconscionability means that a term in the contract or something inherent in or about the agreement was so shockingly unfair that the contract simply cannot be allowed to stand as is. <https://www.ttclub.com/news-and-resources/news/tt-talk/2016/tt-talk-unfair-contract-terms-generally-in-common-law/>

4.4.6 Fazit

Gerade dieses Eskalationsfeld wird sehr stark von Versuchen der Modifikation bestimmt. Wie schon oben festgestellt, gibt es nicht die eine, beste Lösung, sondern viele Ansätze. Aus dem Vorstehenden kann man jedoch eine Art Checkliste entwickeln, die bei einer Verhandlung angewendet werden kann:

- Ist die geschuldete Leistung klar und abgrenzbar definiert? Sind die Mitwirkungshandlungen klar und abgrenzbar definiert? Sind sie klar und eindeutig terminiert? Welche zeitlichen Puffer bestehen? Wem stehen die Pufferzeiten zu, wenn sie nicht gebraucht werden?
- werden einer Partei Risiken aufgebürdet, die in ihrer Entstehung sowie ihrer Entwicklung gänzlich außerhalb seines Bereiches liegen und die sie nicht steuern kann? Ein gutes Indiz dafür ist, wenn vertragliche Pflichten aus einem Zustand, aber nicht aus Verursachung und Vertreten-müssen abgeleitet werden, denn ein Zustand (wie bspw. Terminüberschreitung) kann auch ohne Verursachung oder Vertreten-müssen bestehen.
- kann eine Partei ihr Risiko und Art und Umfang ihrer Risiko- und Gefahrtragung bei der Angebotsabgabe abschätzen und kalkulieren?
- erlaubt eine Regelung einer Partei eine einseitige Vertragsänderung ohne eine (teilweise) Änderung der Gegenleistung, die der anderen Partei zusteht? Welche Voraussetzungen sieht der Vertrag vor? Wie klar sind diese beschrieben?
- führt eine Regelung zu einer Haftungsfreizeichnung von Folgen eigenen Vertreten-müssens, Fahrlässigkeit, grober Fahrlässigkeit oder eigenen Vorsatzes bei der Ausschreibung oder Ausführung ?
- Bleiben die Hauptleistungspflichten und die sich daraus ableitenden Ansprüche unangetastet?
- Findet sich in den Regelungen ein Korrektiv der Zumutbarkeit bzw. des billigen Ermessens?
- Bewirkt eine Regelung ein Recht einer Partei, nach Vertragsschluß in den Bauablauf ändernd einzugreifen? Was ist die Kompensation dafür in Zeit und in Geld?
- Bewirkt eine Regelung die Möglichkeit, sich selbst oder einen Dritten anstelle der an sich verpflichteten Partei für die Ausführung der Pflicht einzusetzen? Was sind die Folgen für das zeitliche, wirtschaftliche und technische Risiko bzw. die Gefahrtragung und Haftung?
- Kann ein zeitliches Eingriffsrecht zur einer Pflicht zur Beschleunigung führen? Gilt dies auch in den Fällen, in denen der zur Beschleunigung verpflichtete für die Ursache nicht verantwortlich ist? Welche Kompensation in Zeit und Geld ist dafür vorgesehen?
- Ändert sich durch eine Regelung die gesetzliche Beweislast? Findet eine Beweislastumkehr statt? Ist gar für eine Verantwortung, Haftung oder vertragliche Pflicht gar kein Nachweis der Verursachung durch den verantwortlich oder haftbar gemachten Pflichtigen erforderlich?
- Welche Form- und Fristerfordernisse werden gestellt? Welche Wirkung tritt bei Nichterfüllung dieser Erfordernisse ein (bspw. Anspruchsverlust, Schadenersatz)? Unterscheiden Regelungen zwischen Form- und Fristerfordernissen bei eigenen Ansprüchen gegen den Vertragspartner einerseits („Angriffserfordernisse“) und solchen bei Ansprüchen der anderen Partei gegen

die mit den Erfordernissen belegte Partei („Abwehrerfordernisse“)? Welchen Einfluss hat Offenkundigkeit auf solche Erfordernisse?

- Sind die inhaltlichen Anforderungen einer Regelung klar und abgrenzbar formuliert und verlangen sie nichts Unzumutbares, Unmögliches oder außerhalb der Einwirkungsmöglichkeiten der verpflichteten Partei?
- Wie formal sind die zeitlichen Verfahren gestaltet, wie engmaschig sind sie? Wie wirken sie auf die Dispositionshoheit?
- Welche zeitlichen Verläufe zwischen entstehen einer Ursache, die Anlass zur Modifikation gibt und deren verbindlicher Klärung? Sind für alle Schritte dieser Verläufe Fristen und Formen vorgesehen? Von wem und von welchen Kriterien hängt diese Klärung ab? Soweit Fristen fehlen, sollte man diese ergänzen, soweit starre Fristen vorgesehen sind, sollten diese weder zu lang sein, um eine alsbaldige Klärung zu ermöglichen, noch zu kurz, um nicht an Grenzen der Realisierbarkeit des unter Frist Verlangten zu stoßen.

4.5 Eskalationsfeld Leistungsstörung - Kompensation

Dieses Eskalationsfeld bildet in der bauvertraglichen Praxis einen der Schwerpunkte der Vertragsgestaltung. Wie schon oben in den Abschnitten 4.2 und 4.3 gesagt, ist die Definition der geschuldeten Leistung von maßgeblicher Bedeutung für dieses Eskalationsfeld. Maßgeblich ist stets die Abweichung des Ist vom vertraglichen Soll¹⁰⁴⁹, sei für den sog. Erfüllungsmangel, der bereits als Pflichtverletzung gem. §§ 280ff BGB, 4 VII VOB/B vor der werkvertraglichen Abnahme auftritt¹⁰⁵⁰, wie aber auch für Gewährleistungsmängel nach Abnahme gem. §§ 633ff BGB.

Die Konfliktrichtigkeit des gesetzlichen Äquivalents wurde oben schon aufgezeigt (2.5.1.1). Daher setzen auf allen Ebenen Bemühungen der Parteien an, das vertragliche Äquivalent umzugestalten:

4.5.1 Regelungen zur Art, Umfang und Voraussetzungen für Mängelansprüche

Etliche Regelungen versuchen, an der Wurzel anzusetzen. Aber schon die nachstehende, unwirksame Klausel zeigt einige Probleme auf, die in der Vertragsverhandlung bedacht sein wollen:

„Mängelansprüche richten sich nach § 13 VOB/B.“

Die Verweisung auf § 13 VOB/B verweist auch auf §§ 13 IV und 13 IV Nr. 1 S. 3 VOB/B, die allerdings die gesetzlichen Regelfristen gem. § 634a, 212 BGB verkürzen. Dies führt zur Unwirksamkeit¹⁰⁵¹.

Ein weiterer, schon des öfteren genannter Maßstab, nämlich das Transparenzgebot, führt zur Unwirksamkeit folgender Klausel:

Die Mängelansprüche richten sich nach der VOB und darüber hinaus nach dem BGB.

Die Regelung ist insgesamt intransparent und damit gemäß § 307 BGB unwirksam. Die Mängelrechte können sich nicht sowohl nach BGB als auch nach der VOB/B richten. Unklar bleibt bspw., welche der zwischen VOB/B und BGB unterschiedlichen Verjährungsfristen (auch im Fall des Neubeginns § 212 BGB) gelten soll, ob die Hemmung des § 13 V Nr. 1 S. 2 VOB/B gelten soll oder ob Schadenersatzansprüche nach § 634 Nr. 4 BGB oder (hinsichtlich der Folgeschäden etwas limitierter) nach § 13 VII VOB/B zu regulieren sind¹⁰⁵².

Beliebte formularmäßige Regelungen, eine Partei die Mängelrechte nach der Günstigkeit für sie entscheiden zu lassen, führen ebenfalls zur Unwirksamkeit, hierin liegt eine unangemessene Benachteiligung der anderen Partei¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁹ Beck VOB/B/Ganten, 3. Aufl. 2013, VOB/B § 13 Abs. 1, BeckOK BGB/Voit BGB § 633 Rn. 3

¹⁰⁵⁰ St. Rspr. seit BGH, Urteil vom 19.1.2017 – VII ZR 301/13 = NJW 2017, 1604 und BGH, Urteil vom 19.1.2017 – VII ZR 235/15 = NJW 2017, 1607

¹⁰⁵¹ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 644

¹⁰⁵² Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 645, 646, OLG Brandenburg IBR 2006, 89

¹⁰⁵³ BGH NJW 1986, 924, 925

Nicht besser ergeht es einer vom Unternehmer gestellten Klausel:

Werden Änderungen an der Anlage oder Eingriffe durch Dritte vorgenommen, erlöschen alle Mängelansprüche.

Es ist hier kein schutzwürdiges Interesse des Unternehmers erkennbar, die Gewährleistung und ihre Folgen vollends auszuschließen¹⁰⁵⁴.

Deshalb verwundert auch die Unwirksamkeit folgender Regelungen, gestellt vom Unternehmer, nicht:

Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers wegen bei Abnahme erkennbarer Mängel sind ausgeschlossen, wenn diese Mängel nicht binnen einer Frist von zwei Wochen seit der Abnahme dem Auftragnehmer gegenüber schriftlich vorgebracht werden. Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln, die bei der Abnahme nicht erkennbar waren, sind ausgeschlossen, wenn sie vom Auftraggeber nicht binnen einer Frist von zwei Wochen nach Erkennbarkeit schriftlich gegenüber dem Auftragnehmer vorgebracht werden.

Diese Klauseln bestimmen eine Ausschlußfrist für Gewährleistungsansprüche, gleich ob die Mängel offensichtlich sind oder nicht. Sie wirken gerade für nicht offensichtliche Mängel als stark verjährungsverkürzend und führen zur Unwirksamkeit¹⁰⁵⁵.

4.5.2 Regelungen über Einschränkungen von Mängelansprüchen

Ebenso an der (haftungsvermeidenden) Wurzel packen folgende Klauseln an:

Mängelansprüche wegen Sachmängeln sind ausgeschlossen.

oder

Die Mängelansprüche des Auftraggebers sind auf Nacherfüllung beschränkt. Insbesondere sind Ansprüche auf Rücktritt und Minderung ausgeschlossen

oder

Schadensersatz kann der Auftraggeber auch bei fehlgeschlagener Nacherfüllung oder bei positiver Forderungsverletzung nicht verlangen.

Die Wirksamkeit scheidet jeweils daran, dass sie gegen §§ 307, 309 Nr. 8 b BGB verstoßen, indem sie Ansprüche (für die erste Klausel: Sachmängelhaftung¹⁰⁵⁶,

¹⁰⁵⁴ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 654

¹⁰⁵⁵ BGH NZBau 2005, 150, BGH NJW 1985, 855, 858, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 655

¹⁰⁵⁶ Kapellmann/Messerschmidt/Langen, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 13 Rn. 76

für die zweite Klausel Minderung, für die dritte Klausel Schadenersatz bei Verstoß gegen Kardinalpflichten) ausschließen¹⁰⁵⁷.

Auch die Ergänzung „soweit gesetzlich zulässig“ in einer Klausel ändert nichts am Ergebnis, weil für den Vertragspartner des Verwenders intransparent und unzumutbar bleibt, wie groß die Reichweite seiner Mängelansprüche ist¹⁰⁵⁸.

In diesem Bereich ist es also für die Verhandlung gut zu prüfen, ob und inwieweit das gesetzliche Äquivalent eingeschränkt oder ausgeschlossen ist und inwieweit für den Vertragspartner die Reichweite der Einschränkung oder des Ausschlusses klar bestimmbar und abgrenzbar ist.

4.5.3 Regelungen über den Verantwortungsbereich des Auftraggebers und zur Bedenkenanzeigepflicht des Auftragnehmers

Regelungen in diesem Bereich zielen bspw. darauf ab, als Verwender nicht für eigene Fehler verantwortlich gemacht zu werden. Allerdings stoßen diese auf Bedenken:

Der Auftragnehmer bleibt abweichend von § 13 Abs. 3 VOB/B auch dann für den Mangel verantwortlich, wenn er vor der Ausführung schriftlich Bedenken angemeldet hat.

oder

Der Auftragnehmer verzichtet darauf, sich bei Mängeln auf mangelhafte Leistungen aus dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers zu berufen. § 13 Abs. 3 VOB/B wird deshalb ausdrücklich ausgeschlossen.

scheitern allerdings daran, dass dem Auftragnehmer die Möglichkeit genommen wird, sich von der Haftung für auftraggeberseitige Fehler zu befreien¹⁰⁵⁹.

Für die Verhandlung ist also immer zu fragen, ob man durch eine Regelung die Verantwortung für einen fremden Fehler zu tragen hat und ob man dennoch die Möglichkeit besitzt, sich durch Bedenkenanzeige zu enthaften.

4.5.4 Verjährung

Hier seien nur folgende Eckpunkte (abgeleitet aus der AGB-Rechtsprechung) aufgezeigt, die auch für eine Verhandlung überlegenswert sind:

¹⁰⁵⁷ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 648, 649, BGH BB 1991, 1522, OLG Zweibrücken NJW-RR 1996, 117, 118

¹⁰⁵⁸ BGH BB 1991, 1522, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 651

¹⁰⁵⁹ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 657

- Die Verjährung darf nicht vollständig ausgeschlossen sein¹⁰⁶⁰.
- Eine Verlängerung für die Gewährleistung auf unbestimmte Zeit oder eine Zeit jenseits der gesetzlichen Gewährleistungsfrist ist (wegen § 202 BGB auch als Individualvereinbarung) nicht möglich¹⁰⁶¹.
- Geringfügige Verlängerungen der Verjährungsfrist sind möglich¹⁰⁶², allerdings nicht, wenn die Verlängerung an einen vom Unternehmer nicht beeinflussbaren Umstand wie bspw. der Abnahme des Bauherren gegen den Besteller des Unternehmers knüpft¹⁰⁶³, eine Verdopplung der gesetzlichen Verjährungsfrist ist unangemessen¹⁰⁶⁴.
- Fristverkürzungen sind bedenklich¹⁰⁶⁵, ausgenommen jedoch § 13 Abs. 4 VOB/B, sofern die VOB/B im Ganzen vereinbart ist § 310 BGB; selbst eine Verkürzung für Verschleißteile ist nicht akzeptabel¹⁰⁶⁶.
- Die Hemmung durch Mangelrüge erscheint möglich¹⁰⁶⁷.
- Ob Mängelbeseitigungsmaßnahmen oder -versuche zur Hemmung oder zum Neubeginn führen sollen, muss davon abhängen, ob der Beseitigende im Bewußtsein handelt, zur Mängelbeseitigung verpflichtet zu sein, und nicht nur aus Kulanz oder zur gütlichen Beilegung eines Streits tätig zu werden. Dies orientiert sich u.a. an Art, Umfang und Kosten der Maßnahme¹⁰⁶⁸.
- Der Beginn der Verjährung, d.h. die Abnahme, und die daran geknüpften Wirkungen dürfen nicht ohne sachlichen Grund nach hinten geschoben werden¹⁰⁶⁹, allenfalls eine kurze Verschiebung von bis zu 24 Arbeitstagen erscheint akzeptabel¹⁰⁷⁰.
- Ebenso darf der Beginn der Verjährung/Abnahme nicht von der Mangelfreiheit abhängen, denn das Leitbild des § 640 BGB lässt es genügen, dass keine wesentlichen Mängel mehr vorliegen¹⁰⁷¹, ebenso darf die Abnahme und damit der Verjährungsbeginn nicht von der Erkennbarkeit eines Mangels abhängen¹⁰⁷²..
- Außerdem darf der Beginn der Verjährung nicht von Umständen außerhalb der Beeinflussbarkeit des Unternehmers abhängen wie bspw. einer Gesamtabnahme aller Gewerke am Bauvorhaben¹⁰⁷³, Übergabe vom

¹⁰⁶⁰ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 658

¹⁰⁶¹ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 658

¹⁰⁶² OLG Düsseldorf NJW 1994, 1298

¹⁰⁶³ OLG Düsseldorf NJW 1994, 1298

¹⁰⁶⁴ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 663

¹⁰⁶⁵ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 666

¹⁰⁶⁶ BGH DB 1993, 1716, 1717

¹⁰⁶⁷ BGH BauR 1989, 322, 325 ff, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 659

¹⁰⁶⁸ BGH NJW 2006, 47, 48 Rn. 16

¹⁰⁶⁹ BGH BauR 1989, 322, 324

¹⁰⁷⁰ BGH BauR 1983, 161, 164

¹⁰⁷¹ OLG Karlsruhe BB 1983, 725, 728f

¹⁰⁷² OLG Frankfurt IBR 2008, 647

¹⁰⁷³ OLG Karlsruhe, BB 1983, 725, 728 f, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 670

Generalunternehmer an den Bauherren¹⁰⁷⁴ oder der Inbetriebnahme der Leistung¹⁰⁷⁵.

- Der Ablauf der Verjährung/Gewährleistung darf auch nicht von weiteren Umständen als dem reinen Zeitablauf abhängen, wie bspw. einer schriftlichen Ablaufanzeige¹⁰⁷⁶.
- Der Ablauf ist nicht verzichtbar¹⁰⁷⁷.
- Der Ablauf ist nicht auf unbestimmte Zeit aufschiebbar durch bloße Mängelrüge¹⁰⁷⁸.

Diese Eckpunkte gilt es in der Verhandlung zu beachten. Man sollte Regelungen also transparent, mit klaren Zeitläufen (Beginn, Dauer, Ende) gestalten, dafür Sorge tragen, dass die Zeitläufe nur von einem Startereignis (Abnahme) begonnen werden und ansonsten von nichts Weiterem mehr abhängen.

4.5.5 Regelungen zur Selbstvornahme/Ersatzvornahme

In der Regel sind gerade Besteller bestrebt, sich selbst eine zügig greifende und möglichst einfache Möglichkeit zu schaffen, an Stelle des Unternehmers Leistungen auszuführen zu können und die daraus entstehenden Leistungsrisiken und Kosten der Ausführung dennoch dem Unternehmer aufzuerlegen.

Signifikant sind folgende, allerdings unwirksame Klauseln:

Der Auftraggeber kann Mängel ohne weiteres durch Dritte beseitigen lassen.

Geringfügige Mängel kann der Auftraggeber ohne Weiteres durch Dritte beseitigen lassen, wenn ansonsten andere Handwerker mit der Arbeit aufgehalten werden.

Festgestellte Mängel sind innerhalb von 8 Tagen zu beseitigen, widrigenfalls der Auftraggeber dies auf Kosten des Auftragnehmers tun kann.

Denn es stellt einen Leitgedanken des Gesetzes dar, dass der Auftragnehmer, wenn ihn die negativen Folgen einer Ersatzvornahme treffen sollen, auch das Recht auf Nachbesserung innerhalb angemessener Frist besitzen muss¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁴ BGH BauR 1989, 322, 324; OLG Düsseldorf, NJW 1994, 1298, OLG München BB 1984, 1386, 1388; Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 673

¹⁰⁷⁵ OLG Zweibrücken BauR 1992, 770, 771

¹⁰⁷⁶ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 676

¹⁰⁷⁷ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 676

¹⁰⁷⁸ BGH IBR 1999, 307

¹⁰⁷⁹ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 681, BGH NJW 2010, 1448 Rn. 12, BGH NJW 2006, 1197

Für die Verhandlung sollte man stets darauf achten:

- welche Anforderungen stellt die Regelung an die Ersatzvornahme
- droht die Ersatzvornahme auch ohne die Möglichkeit, nachbessern zu können
- welche Kostenfolgen treffen sodann den Auftragnehmer
- welcher trägt das technische Risiko und die Gefahr der Ersatzvornahme

4.5.6 Minderung und Schadenersatz

Die Minderung spielt in der baurechtlichen Praxis kaum noch eine bedeutsame Rolle. Hinzuweisen ist jedoch auf den Leitgedanken, wonach nämlich eine Nachbesserung oder Nacherfüllung durch den Unternehmer abgelehnt werden kann, wenn der Nachbesserungsaufwand in keinem vernünftigen Verhältnis zu dem mit der Mangelbeseitigung erzielbaren Erfolg steht (§§ 275 II, III, 635 III). Deswegen darf der Einwand der Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung zu Gunsten einer Minderung nicht abgeschnitten werden¹⁰⁸⁰.

Dagegen stehen Schadenersatzansprüche und ihre Geltendmachung weitaus mehr im Fokus. Auch hier prägt der gesetzliche Leitgedanke die Überlegungen, die man auch zur Verhandlung anstellen sollte. Das Leitbild des Gesetzes sieht bspw. vor, dass sowohl für die Selbstvornahme als auch für Rücktritt, Minderung und Schadenersatz grundsätzlich das Setzen einer Frist verlangt wird¹⁰⁸¹. Genau das jedoch ist für Besteller mißlich, weil es den sofortigen Zugang zum Weg des Schadenersatzes oder auch schon zur Ersatzvornahme bremst und behindert. Regelungen, die das Erfordernis des Setzens einer angemessenen Frist entweder ausschließen oder wesentlich reduzieren, sind bedenklich¹⁰⁸².

Ebenso ist ein weiterer gesetzlicher Leitgedanke prägend, nämlich dass die Rechtsfolge des Schadenersatzes immer Verschulden erfordert¹⁰⁸³. Regelungen, die eine Partei auch unabhängig von eigenem Verschulden dazu verpflichten, Kosten, Aufwendungen, Schäden etc. zu erstatten oder die andere Partei hiervon freizustellen¹⁰⁸⁴, sind genau deshalb bedenklich¹⁰⁸⁵. Ebenso darf der Einwand des Mitverschuldens der anderen Vertragspartei durch solche Regelungen nicht abgeschnitten werden¹⁰⁸⁶; gleiches gilt für den Einwand fehlerhafter Vorleistungen¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁰ BGH BauR 1997, 1036, 1037, „ECE Entscheidung Klausel 7“, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 682

¹⁰⁸¹ OLG Düsseldorf BauR 1985, 452, 453, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 685

¹⁰⁸² OLG Düsseldorf BauR 1985, 452, 453, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 685, BeckOK BGB/Voit, 66. Ed. 1.11.2022, BGB § 639 Rn. 31

¹⁰⁸³ BGH NJW 2006, 47, 49, Rn. 30, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 686

¹⁰⁸⁴ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 542, 543

¹⁰⁸⁵ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 543

¹⁰⁸⁶ LG Frankfurt/Main BauR 2001, 635, 636

¹⁰⁸⁷ BeckOK BGB/Voit, 66. Ed. 1.11.2022, BGB § 639 Rn. 31

Außerdem ist der Ausschluß der Erstattung von Sowieso-Kosten, die Bindung der Erstattung an eine schriftliche Beauftragung oder der Ausschluß einer Abgeltung auf der Grundlage von §§ 677ff BGB oder §§ 812ff BGB¹⁰⁸⁸ in der Folge eines funktionalen Mangels unwirksam¹⁰⁸⁹.

Gleich zwei weitere wichtige Aspekte für die Verhandlung zeigt die nachfolgende (unwirksame) Klausel auf:

Wir haften nicht für Mängelfolgeschäden, es sei denn, uns wird Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit nachgewiesen.

Zum einen begrenzt sie die Haftung auch für den Fall der Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht, was formularmäßig nicht möglich ist¹⁰⁹⁰. Zum anderen ändert sie die Beweislast, wie sie im Leitgedanken des § 280 I 2 BGB zum Ausdruck kommt¹⁰⁹¹.

4.5.7 Darlegungs- und Beweislast

Auch die Darlegungs- und Beweislast erscheint vielen Parteien ein geeigneter Hebel, Mängel und die daran geknüpften Rechte in ihre Richtung zu lenken. Unabhängig von der zeitlichen Zuordnung vor oder nach Abnahme ist der Auftraggeber stets verpflichtet darzulegen und zu beweisen¹⁰⁹²

- Objektives Vorliegen¹⁰⁹³ einer Pflichtverletzung,
- Entstehung eines Schadens und
- Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden darzulegen und zu beweisen.
- Die Höhe des Schadens kann ggf. nach § 287 ZPO geschätzt werden¹⁰⁹⁴.

Für die Verhandlung kann man sodann direkt an die oben genannte Klausel anknüpfen und für diesen Abschnitt übernehmen, dass der Leitgedanke des § 280 I 2 BGB zum Tragen kommt, wonach der Schuldner vor der Abnahme das Nicht-Vertreten-müssen zu beweisen hat¹⁰⁹⁵. Diese Regel kann formularmäßig zum Nachteil des Gläubigers nicht abgeändert werden¹⁰⁹⁶.

Daneben trägt der Auftragnehmer bis zur Abnahme die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass seine Leistung im Zeitpunkt der Abnahme mangelfrei

¹⁰⁸⁸ OLG Koblenz NZBau 2010, 439; BGHZ 157, 102, 108ff

¹⁰⁸⁹ BeckOK BGB/Voit, 66. Ed. 1.11.2022, BGB § 639 Rn. 31

¹⁰⁹⁰ BGH NJW 1984, 1350, 1351, BGH NJW-RR 1989, 625, 626, BGH IBR 2008, 22; OLG München, BauR 1990, 471; Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 533, 535

¹⁰⁹¹ BGH NJW 1996, 1537, 1538, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 687

¹⁰⁹² BeckOK BGB/Lorenz, 66. Ed. 1.5.2023, BGB § 280 Rn. 78

¹⁰⁹³ MüKoBGB/Ernst, 9. Aufl. 2022, BGB § 280 Rn. 156

¹⁰⁹⁴ BGH NJW 1983, NJW Jahr 1983 Seite 998

¹⁰⁹⁵ BGH BauR 1990, 488, 489, BeckOK BGB/Lorenz, 66. Ed. 1.5.2023, BGB § 280 Rn. 78

¹⁰⁹⁶ BeckOK BGB/Lorenz, 66. Ed. 1.5.2023, BGB § 280 Rn. 107

ist¹⁰⁹⁷. Nach Abnahme wiederum gilt das durch §§ 640, 363 BGB geschaffene Leitbild:

Hat der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei.

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Mangels (nach Abnahme) und für die Verursachung eines Schadens liegt also beim Auftraggeber. Nach der Abnahme muss der Auftraggeber darlegen und beweisen, dass die Leistung im Zeitpunkt der Abnahme mangelhaft war¹⁰⁹⁸.

Auch eine Aushöhlung durch eine Vermutungsregelung hilft insoweit nicht, wie nachstehende unwirksame Klausel¹⁰⁹⁹ zeigt:

Es wird vermutet, dass ein Mangel bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhanden war, wenn seit Gefahrübergang nicht mehr als 12 Monate vergangen sind.

Eine formularmäßig Beweislastumkehr ist jedenfalls nicht zulässig, sie widerstrebt dem, auch im vollkaufmännischen Bereich wirkenden Leitbild des §§ 307, 309 Nr. 12 BGB¹¹⁰⁰. Ob, in welchem Teilaspekt und inwieweit man sich individualvertraglich auf eine solche Beweislastumkehr einlassen möchte, ist im Einzelfall zu entscheiden.

4.5.8 Leistungsverweigerungsrechte

Auch in diesem Bereich ist wieder das durch §§ 641 III, 632a I 4 BGB geschaffene Leitbild voranzustellen, wonach der Auftraggeber im Mangelfall berechtigt ist, in der Regel das Doppelte der für die Beiseitigung des Mangels erforderlichen Kosten einzubehalten und insoweit die Leistung zu verweigern.

Erneut empfiehlt es sich, die durch die AGB-Rechtsprechung gezogenen Linien und Argumente zu kennen und zu nutzen. Denn im vollkaufmännischen Bereich können zumindest Individualabreden Abweichendes regeln¹¹⁰¹.

Grenzen der formularmäßigen Regelungsmöglichkeiten sind:

- ein genereller Ausschluß eines Leistungsverweigerungs- oder Zurückbehaltungsrechts¹¹⁰²
- die Beschränkung eines Leistungsverweigerungs- oder Zurückbehaltungsrechts auf rechtskräftig festgestellte oder anerkannte

¹⁰⁹⁷ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 689

¹⁰⁹⁸ BGH BauR 1998, 1036, 1038, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 688

¹⁰⁹⁹ BGH NJW 2006, 47, 49 Rn. 19-21

¹¹⁰⁰ BGH NJW 2006, 47, 49 Rn. 21 m.w.N., BGHZ 41, 151, 155; BGHZ 101, 172, 184

¹¹⁰¹ Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, 4. Aufl. 2022, BGB § 641 Rn. 280

¹¹⁰² BGH NJW 1985, 319, 320; BGH NZBau 2005, 392, Werner / Pastor, Der Bauprozess, 18. Auflage 2023, IX. Das Zurückbehaltungs- und Leistungsverweigerungsrecht, Rn. 2976

Forderungen oder anerkannte Mängel ist unzulässig¹¹⁰³; gleiches gilt für die Beschränkung der Rechte aus §§ 273, 320 BGB¹¹⁰⁴.

4.5.9 Bereicherungsmöglichkeiten aus anderen Rechtsordnungen

4.5.9.1 Österreich: die Unterwerfung des Mangels unter das Kaufrecht §§ 1167 ABGB, 922ff ABGB

Abweichend vom deutschen Recht kennt das österreichische Werkvertragsrecht keine eigenständigen Regelungen zum werkvertraglichen Mangel, sondern verweist durch § 1167 ABGB auf die Regelungen der §§ 922 bis 933b ABGB, die primär auf das Kaufrecht zugeschnitten sind¹¹⁰⁵. Dies schafft Probleme:

- Der Beginn der Gewährleistung ergibt sich wegen § 924 ABGB mit der Übergabe. Aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass dafür mehrere Anknüpfungspunkte bestehen¹¹⁰⁶:
 - Grundsätzlich: die körperliche Übergabe
 - der Gefahrübergang (bspw. im Fall des Annahmeverzugs)Diese Mehrdeutigkeit schafft Probleme, im übrigen erscheint fraglich, worin gerade bei Bauprojekten, die neben der reinen mechanischen Ausführung auch noch Phasen von bspw. Inbetriebnahme oder Probetrieb erfordern (so bspw. regelmäßig in Automatisierungsprojekten und im Anlagenbau) der richtige Anknüpfungspunkt besteht.
- Der Gewährleistungsausschluss für offenkundige Mängel § 928 ABGB ist im Werkvertragsrecht nicht anwendbar, weil § 928 ABGB auf die Offenkundigkeit bei Vertragsschluss abstellt, wo das Werk aber noch gar nicht besteht¹¹⁰⁷.
- Umstritten ist, ob die werkvertraglichen Bestimmungen der §§ 1168 und 1168a ABGB (Sphärenzuordnung, Warnpflichten) sich auch auf die Gewährleistung auswirken¹¹⁰⁸

Alleine hieraus lässt sich für eine Vertragsverhandlung bestenfalls erweitertes Problembewußtsein für neuralgische Vertragspunkte schöpfen, aber kein vorteilhafter Gewinn.

4.5.9.2 Österreich: die Unterwerfung unter das Regime des § 377 Unternehmensgesetzbuch (UGB)

Durch die Verweisung des § 1167 ABGB auf die allgemeinen, für jeden entgeltlichen Vertrag geltenden Mängelrechte der §§ 922ff ABGB gelangt

¹¹⁰³ BGH NJW 1992, 2160; Werner / Pastor, Der Bauprozess, 18. Auflage 2023, IX. Das Zurückbehaltungs- und Leistungsverweigerungsrecht, Rn. 2973

¹¹⁰⁴ Werner / Pastor, Der Bauprozess, 18. Auflage 2023, IX. Das Zurückbehaltungs- und Leistungsverweigerungsrecht, Rn. 2974,

¹¹⁰⁵ Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB-Kommentar, 2. Aufl. 2007, § 1167 ABGB Rn. 2

¹¹⁰⁶ OGH 4 Ob 147/10m Rn. 5 und 6

¹¹⁰⁷ OGH 1 OBB 214/05k, Koziol/Bydlinski/Bollenberger-Bydlinski, ABGB-Kommentar, 2. Aufl. 2007, § 1167 ABGB Rn. 2

¹¹⁰⁸ So jedenfalls die wohl herrschende Lehre: Koziol/Bydlinski/Bollenberger-Bydlinski, ABGB-Kommentar, 2. Aufl. 2007, § 1167 ABGB Rn. 2 a.E.

automatisch auch § 377 UGB zur Anwendung. Sehr ähnlich dem deutschen §377 HGB formuliert auch § 377 UGB die Pflicht, Mängel binnen angemessener Frist zu rügen. Zwar ermittelt sich die angemessene Frist allgemein nach den Umständen des Einzelfalls, im Zweifel sind aber 14 Tage anzunehmen¹¹⁰⁹. Die Fristwahrung verlangt, dass verborgene Mängel sofort nach ihrer Entdeckung gerügt werden müssen¹¹¹⁰. Der Mangel als solche muss zumindest aus Indizien objektiviert sein¹¹¹¹; das Zuwarten, bis sich der Mangelverdacht zur Gewißheit verdichtet, führt zur Verspätung¹¹¹². Umgekehrt wäre ein völlig unsubstantiiertes Herantragen an den Unternehmer (Verkäufer im Sinne des § 377 UGB) verfrüht¹¹¹³. Dieses enge zeitliche Regime setzt die Besteller unter enormen Zeitdruck.

Allgemeine Geschäftsbedingungen der österreichischen Andritz-Gruppe versuchen dem bspw. zu entgehen, indem sie in ihren AGB regeln:

*Eine Prüfpflicht des AG hinsichtlich der Lieferungen und Leistungen des AN vor Inbetriebnahme oder Gebrauch ist ausgeschlossen. Dabei festgestellte Mängel können innerhalb von 90 Tagen ab Übernahme/Abnahme gerügt werden.*¹¹¹⁴ Jedenfalls ist die vertragliche Etablierung eines § 377 UGB vergleichbaren Mechanismus für Unternehmer ein bedenkenswerter Ansatz.

Es ist der Versuch, etwas mehr an Handlungssicherheit zu erlangen, allerdings zu offensichtlich zum eigenen Vorteil.

4.5.9.3 Österreich die Beweislast: § 924 Satz 2 ABGB

§ 924 ABGB legt fest:

Der Übergeber leistet Gewähr für Mängel, die bei der Übergabe vorhanden sind. Dies wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, wenn der Mangel innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe hervorkommt. Die Vermutung tritt nicht ein, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist.

Diese Regelung wurde durch das österreichische Gewährleistungsänderungsgesetz 2001 eingeführt, das die europäische Verbrauchsgüterrichtlinie RL 1999/44/EG umsetzte¹¹¹⁵. Anders als Deutschland, wo nur der Verbrauchsgüterkauf § 477 BGB zugunsten des Verbrauchers eine entsprechende Vermutungsregelung besitzt, gilt § 924 ABGB umfassend¹¹¹⁶.

¹¹⁰⁹ OGH Rechtssatznummer RS0122080, 6 Ob 76/07f; 2 Ob 145/21v; 4 Ob 210/22v

¹¹¹⁰ OGH RS0062578, OGH 3 Ob 605/90,

¹¹¹¹ OGH 7 Ob 136/02d, OGH 6 Ob 76/07f

¹¹¹² OGH 8 Ob 45/06k

¹¹¹³ OGH 7 Ob 136/02

¹¹¹⁴ Ziffer 4 Sätze 2 und 3 der Allgemeine Einkaufsbedingungen der ANDRITZ AG und der ANDRITZ HYDRO GmbH (AUSGABE DEZEMBER 2022) <https://www.andritz.com/group-de/about-us/gr-procurement/gr-terms-and-conditions>

¹¹¹⁵ Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich vom 08.05.2001, 48. Bundesgesetz: Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz – GewRÄG, S. 1019 ff

¹¹¹⁶ Lanz, Die Reichweite der Vermutung des § 924 ABGB, Diplomarbeit, S. 20, <https://unipub.uni-graz.at/obvuqrhs/content/titleinfo/240258>

Durch die Rechtsprechung ist klargestellt, dass die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels an sich beim Besteller verbleibt und durch § 924 S. 2 ABGB nicht geregelt wird. § 924 S. 2 ABGB betrifft lediglich den Zeitpunkt der Mangelhaftigkeit¹¹¹⁷.

Wer behauptet, die gelieferte Sache weise Mängel auf, hat nicht nur diese Mängel, sondern darüber hinaus auch zu beweisen, die Mängel wären bereits zum Zeitpunkt der Übergabe vorhanden gewesen¹¹¹⁸. Mit der vorbehaltlosen Übernahme der Leistung (des Werkes), die den Anschein der Erfüllung für sich hat, wandelt sich die Beweislast des Schuldners (Unternehmers), erfüllt zu haben, in eine Beweislast der Mangelhaftigkeit (der nicht vollständigen Erfüllung) des Gläubigers um¹¹¹⁹.

In der Praxis ist aufgrund § 924 ABGB festzustellen, dass es zwei Ansätze gibt: Ein Ansatz überantwortet die Verantwortung für jegliche Mängel über die gesamte Gewährleistungszeit der Auftragnehmer, im Extrem als vereinbarte Garantie. Beispielhaft sei auf Ziffer 4 der AGB der Andritz-Gruppe verwiesen:

*Der AN garantiert neben den allgemein vorauszusetzenden und ausdrücklich zugesagten Eigenschaften die Vollständigkeit und Eignung seiner Lieferungen und Leistungen für den konkreten Bedarfsfall sowie die Mängelfreiheit seiner Lieferungen und Leistungen während der gesamten Garantiezeit.*¹¹²⁰

Fast die selbe Wirkung wird erreicht, wenn man die Vermutung gem. § 924 S. 2 ABGB auf die gesamte Dauer der Gewährleistung verlängert.

Letztlich rücken solche Formulierungen in die Nähe der deutschen Garantie nach § 639 BGB. Allerdings werden an die Begründung der Garantie nach deutschem Recht strenge Anforderungen gestellt: der Unternehmer muss sich verpflichten, unabhängig von einer Verantwortung für den Bestand einer Beschaffenheit eintreten zu wollen. Außerdem bezieht sich die Garantiewirkung nur auf die Beschaffenheitsmerkmale, für die die Garantie ausdrücklich übernommen wurde¹¹²¹.

Es ist also davon auszugehen, dass man solche Ansätze zwar individuell verhandeln kann, allerdings werden sie sich im Lichte des § 639 BGB daran messen müssen, ob wirklich eine verursachungsunabhängige Einstandspflicht gewollt war.

4.5.9.4 Österreich: der technische Schluß

Ausgangspunkt sind hier mehrere Entscheidungen des OGH: hiernach trifft mehrere zur Herstellung desselben Werkes bestellte Unternehmer die Pflicht zur

¹¹¹⁷ OGH 4 Ob 147/10m Rn. 7, OGH 4 Ob 157/09f, OGH 8 Ob 124/08f, OGH RS0018553

¹¹¹⁸ OGH 1 Ob 577/91; OGH 1 Ob 209/75, OGH 5 Ob 664/77

¹¹¹⁹ OGH 1 Ob 577/91

¹¹²⁰ Ziffer 4 Satz 5 der Allgemeine Einkaufsbedingungen der ANDRITZ AG und der ANDRITZ HYDRO GmbH (AUSGABE DEZEMBER 2022) <https://www.andritz.com/group-de/about-us/gr-procurement/gr-terms-and-conditions>

¹¹²¹ BeckOK BGB/Voit, 66. Ed. 1.11.2022, BGB § 639 Rn. 17

Zusammenarbeit und jeder von ihnen ist verpflichtet, alles zu unternehmen, was das Gelingen des Gesamtwerkes vereiteln könnte¹¹²². Diese Pflicht wird oft auch als die Pflicht zum "technischen Schulterchluss" beschrieben.¹¹²³

Ganz generell habe sich jeder Vertragspartner so zu verhalten, wie es der andere in der gegebenen Situation mit Rücksicht auf den konkreten Vertragszweck, die besondere Art der Leistung und die Erfordernisse eines loyalen Zusammenwirkens erwarten darf, damit die Erreichung des Vertragszwecks nicht vereitelt, sondern erleichtert wird und Schäden vermieden werden¹¹²⁴. Den Zusammenschluß bewirkt, dass die mit verschiedenen Verträgen an den Besteller gebundenen Unternehmer zur Herstellung von Teilen einer nur durch technischen Zusammenschluß funktionsfähigen Anlage verpflichtet sind¹¹²⁵. Umgekehrt liegt ein Zusammenschluß nicht vor, wenn es um getrennte Gewerke ohne technischen Zusammenhang geht¹¹²⁶. Allein daraus, dass sich das Gewerk eines anderen Unternehmers nachteilig auf das eigene Gewerk auswirken kann, wenn es nicht ordnungsgemäß ausgeführt wird, folgt also noch keine Prüfpflicht des Unternehmers. Besondere Koordinations- und Prüfpflichten entstehen dann nicht¹¹²⁷.

Daraus entwickelt sich ein Strauß von Einzelaspekten:

- Bilden die mit verschiedenen Unternehmern geschlossenen eigenständigen Werkverträge eine wirtschaftliche Einheit, so bestehe grundsätzlich eine Rechtspflicht des Auftraggebers zur Koordination der selbständigen Teilleistungen der verschiedenen Vertragspartner¹¹²⁸ und eine entsprechende Verpflichtung aller Unternehmer zur Kooperation¹¹²⁹.
- Über § 1168a ABGB kommt jedem Auftragnehmer ohnehin seine allgemeine Prüf- und Warnpflicht zu. Sie erstarkt im Kontext des technischen Schulterchlusses aber zu einer gegenseitigen Aufklärungs- und Kontrollpflicht¹¹³⁰
- Auch Schutz- und Sorgfaltspflichten weiten sich auf die Beteiligten aus und umfassen dort ebenso gegenseitige Aufklärungs- und Kontrollpflichten.¹¹³¹

Immerhin gilt:

Die Warnpflicht besteht immer nur im Rahmen der eigenen Leistungspflicht des Unternehmers und der damit verbundenen Schutz- und Sorgfaltspflichten¹¹³². Die Aufklärungspflicht geht jedenfalls nicht so weit, dass der Unternehmer davon

¹¹²² OGH 8 Ob 516/79; OGH 1 Ob 762/80; OGH 4 Ob 558/81, Karasek Skriptum zur Vorlesung B 2110, Uni Wien, S. 14 https://zivilrecht.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_zivilrecht/Zoechling-Jud/Karasek/Skriptum_OENORM_B2110_WS_2017.pdf, RIS-Justiz RS0021880;

¹¹²³ Neumayr, Der technische Schulterchluss - Warn-, Aufklärungs- und Kooperationspflichten beim Zusammenwirken mehrerer Unternehmer, bauaktuell 2020, 32ff, https://www.plus.ac.at/wp-content/uploads/2021/02/bauaktuell-2020-01_32_Uwe-Neumayr.pdf, Karasek a.a.O.

¹¹²⁴ RIS-Justiz RS0018232; OGH 27. 7. 2017, OGH 4 Ob 78/17z

¹¹²⁵ OGH 8 Ob 579/90

¹¹²⁶ OGH 7 Ob 152/16b Ziffer 4.1

¹¹²⁷ OGH 7 Ob 152/16b Ziffer 4.2

¹¹²⁸ OGH 3 Ob 49/18d, Neumayr a.a.O. S. 32

¹¹²⁹ OGH 7 Ob 152/16b Ziffer

¹¹³⁰ RIS-Justiz RS0021634

¹¹³¹ OGH 8 Ob 42/05t; OGH 7 Ob 231/13s, Neumayr a.a.O, S. 32

¹¹³² RIS-Justiz RS0022268, OGH 7Ob152/16b Ziffer 2

ausgehen müsste, dass sein (fachkundiger) „Vormann“ nicht fachgerecht arbeiten werde¹¹³³.

Problematisch ist insbesondere, wie weit die Koordinations-, Warn- und Hinweispflichten über den Horizont des eigenen Vertrags ausgedehnt werden können¹¹³⁴.

Diese Unklarheiten sind nichts, was einen Vertrag tatsächlich bereichern kann. Hilfreicher erscheinen da die deutschen Überlegungen zur Beteiligung mehrerer an Haftungssituationen (siehe oben 2.7).

4.5.9.5 Finnland: YSE 1998

Die YSE 1998 gehen einen dem deutschen Recht sehr ähnlichen Weg. Vor Abnahme bestimmt § 27 Abs. 1:

The finished result or any part of it which during the work is found to be at variance with the requirements of the contract must be repaired or replaced by the contractor.

Nur dort, wo eine Nachbesserung nicht notwendig oder unvernünftig („unreasonable“) wäre, wird das Recht auf Ausgleich der Wertminderung („to reimburse the loss in value“) gewährt (§ 27 Abs. 2). Innerhalb der 2jährigen Gewährleistungszeit (§ 29 Abs. 1 Satz 1) ist der Unternehmer zur Nachbesserung jeglicher Defekte, die in seiner Leistung auftreten, verpflichtet, soweit er nicht nachweisen kann, dass sie außerhalb seiner Kontrolle liegen, wo zu (in beispielhafter Aufzählung) gehören:

- Üblicher Verschleiß
- Unkorrekte oder vernachlässigte Wartung durch den Auftraggeber (zu allem § 29 Abs. 2)

Der Unterschied zum deutschen Recht liegt also insbesondere in der anders liegenden Beweislast (in Ansehung der kurzen Verjährungszeit von 2 Jahren).

Dies mag im Einzelfall Anlass geben, individuell die Beweislast ähnlich dem finnischen Modell zu regeln und dafür die Gewährleistungszeit kurz zu halten. Als AGB wird es aufgrund des Vorstehenden nicht möglich sein.

4.5.9.6 FIDIC Red/Silver/Yellow Book 2017

Auch die FIDIC-Texte unterscheiden in die Mangelhaftung vor (Ziffer 7.5) und nach Abnahme/Taking Over (Ziffer 11).

Sofern sich die geschuldete Leistung des Unternehmers als mangelhaft oder nicht in Übereinstimmung mit dem Vertrag herausstellt, ist der Unternehmer zunächst verpflichtet, dem Engineer einen Vorschlag zur Mangelbeseitigung zu unterbreiten (7.5, 1. Abs., 2. Satz). An dieser Stelle mag man sich nach der

¹¹³³ RIS-Justiz RS0021941 [T4], OGH 7Ob152/16b Ziffer 2 a.E.

¹¹³⁴ Ausführlich: Neumayr, a.a.O. unter Ziffer 3, der alleine 6 teilweise stark divergierende Auffassungen aufzeigt und bespricht

Sinnhaftigkeit fragen, da es vor Abnahme doch nur darum gehen kann, die geschuldete Leistung wie im Vertrag angelegt herzustellen. Etwas davon Abweichendes wäre vertraglich nicht zulässig. Die Regelung rückt somit in die Nähe eines reinen Formalismus.

Der Engineer muss Bedenken gegen den Vorschlag in einer Notice of Objection adressieren, was den Auftragnehmer zur Überarbeitung zwingt. Erfolgt jedoch keine solche Notice innerhalb von 14 Tagen, gilt der Vorschlag als genehmigt. Unterlässt der Auftragnehmer einen Nachbesserungsvorschlag oder eine Überarbeitung kann der Engineer die Nachbesserung entweder anweisen oder zurückweisen und nach 11.4 weiterverfahren, d.h. Ersatzvornahme, Schadenersatz, Minderung, unterbliebene Leistung (omission) oder Kündigung vollziehen.

Letztlich regelt 7.5 einmal mehr sehr formalistisch Dinge, die nach deutschem Recht gar nicht sein müssen. Der Vertrag bestimmt die geschuldete Leistung und weist auch über der Zuweisung des Dispositionshoheit über den Herstellungsprozess die Art und Weise der Nachbesserung zu. Zu den von 11.4 genannten Rechtsfolgen (§§ 281 ff, 323 ff BGB) gelangt man im deutschen Recht deutlich überschaubarer und weniger formalistisch.

Eine Bereicherung mag man allenfalls darin sehen, dass die Wortlaute selbsterklärend sind.

Bedenkenswert dagegen ist der Ansatz der FIDIC-Texte zur Gewährleistung. Innerhalb der Gewährleistungszeit ist der Unternehmer nach Ziffer 11.1 b verpflichtet, alle Defekte zu beseitigen, die ihm gegenüber gerügt werden. Auf eine Verursachung oder ein Vertreten-müssen des Auftragnehmers kommt es nach dem Wortlaut nicht an:

„... the Contractor shallexecute all work required to remedy defects or damage, of which a Notice is given to the Contractor by (or on behalf of) the Employer on or before the expiry date of the DNP for the Works or Section (as the case may be).”

Erneut müssen dann Engineer und Auftragnehmer das durch 7.5 vorgegebene Verfahren einhalten. Eine Unterscheidung nach Verursachung und Vertreten-müssen („attributable“) geschieht erst auf der Ebene der Kosten- und Risikotragung für die Nachbesserung (11.2):

All works shall be executed at the risk and cost of the Contractor, if and to the extent that the work is attributable to:

- (a) the design of the Works, other than a part of the design for which the Employer is responsible (if any);*
- (b) Plant, Materials or workmanship not being in accordance with the Contract;*
- (c) improper operation or maintenance which was attributable to matters for which the Contractor is responsible (under Sub-Clause 5.5 [Training], Sub-Clause 5.6 [As-Built Records] and/or Sub-Clause 5.7 [Operation and Maintenance Manuals] or otherwise); or*

(d) failure by the Contractor to comply with any other obligation under the Contract.

Liegt keiner dieser Gründe vor oder liegt ein Fall üblichen Verschleißes vor, der durch Ziffer 11.1, 1. Abs. ausgeklammert wird („*fair wear and tear excepted*“), muss der Auftragnehmer unverzüglich widersprechen, woraufhin der Engineer auf der Grundlage von Ziffer 11.2 letzter Absatz in Verbindung mit 3.5 eine Entscheidung zu treffen hat.

Für den Besteller stellt eine solche Lösung sicher, dass er auf jeden Fall eine Nachbesserung erlangen kann. Für den Unternehmer erscheint der Ausgleich durch Gewährung von Kosten möglich. Allerdings ergibt sich ein Ungleichgewicht: die Aufwendungen des Auftragnehmers zur Erforschung der Ursache entstehen sofort, die Behebung schließt sich regelmäßig sofort an. Der Weg zum Kostenausgleich ist dagegen formalistisch und zeitlich solange unbegrenzt, wie der Engineer durch neue Einwände das Verfahren hinauszögert. Er weist vollends in den Streit, wenn der Engineer eine Kostentragung durch den AG ablehnt.

Man wird also je nach Interessenlage und Projekt aus Unternehmersicht gut überlegen müssen, ob man sich dieses Prozederes bedient. Dazu sollte man auch überlegen, wie aufwändig und wirtschaftlich und zeitlich risikobehaftet es ist, in jedem Fall in eine Nachbesserung hineingezwungen zu werden, je schwieriger der Zugang zum Projekt im Nachhinein ist, je weiter es entfernt liegt und je stärker die eigene Leistung der Benutzung und Beanspruchung durch regulären Betrieb und das Verhalten des Bestellers und Dritter ist.

4.5.9.7 Fazit:

In der Gesamtschau drängen sich von den ausländischen bzw. internationalen Rechtsquellen keine ersthaft denkbaren Alternativkonstellationen auf, wengleich Einzelheiten im Einzelfall im Wege der Individualvereinbarung durchaus bedenkenswert sein können.

4.6 Die Absicherungsebene - Gestaltung von Sicherheiten

Die vorstehenden Eskalationsfelder mögen im Moment des Vertragsschlusses noch so optimal ausgestaltet sein, dies bietet jedoch keine Gewähr dafür, dass alles auch so kommt, wie es vereinbart wurde. Der Baualltag belegt anderes. So ist es gut, sein vertragliches Äquivalent auch abzusichern.

Dabei geht es um Mechanismen, bei vertragswidrigem Handeln des Vertragspartners seine Rechte abzusichern und zügig zu realisieren. Dazu muss hervorgehoben werden, dass eigentlich alle Ansprüche letztlich in Geld münden, sei es der Werklohn, der Schadenersatz im Rahmen der §§ 280ff, 633 ff BGB, der Entschädigung § 642 BGB, des Ersatzes von Auf-/Verwendungen §§ 677, 670 BGB oder des Wertersatzes §§ 812, 818 BGB.

Am besten ist es dann natürlich, sofortigen Zugriff auf Geld zu haben, sprich das Geld in diesem Moment im eigenen Hause zu haben. Wenn und soweit dies nicht gelingt, sind Sicherheiten ratsam, die zu Geld gemacht werden können und auf diese Weise Ausgleich schaffen können.

4.6.1 Zugriff auf Geld

4.6.1.1 Der Liquiditätsverlauf

Der Liquiditätsverlauf am Bauprojekt wird wesentlich gesteuert durch die Modalitäten der Abrechnung und der Zahlung.

Im Ergebnis bildet es eine Sicherheit, Liquiditätsüberhang zu erzeugen, indem man möglichst lange über die Liquidität im eigenen Hause verfügen kann und der Abfluß von Liquidität in Form von Kosten dagegen möglichst verzögert ist. Auf solche Liquiditätspuffer kann man im Sicherungsfall zurückgreifen. Im besten Fall verbleibt der Liquiditätspuffer nach Schlusszahlung und wandelt sich dann von Sicherheitsreserve in Ergebnis und Gewinn um. Welcher Werklohn zu zahlen ist, ist von den Parteien zu vereinbaren. Den Auf- und Abbau von Liquiditätspuffern kann man über die nachstehenden Eckpunkte steuern.

4.6.1.1.1 Abrechnung

Aus gesetzlicher Sicht besteht eine Vorleistungspflicht des Auftragnehmers. Aus dem Gesichtspunkt des Liquiditätsverlaufs hat er damit Kostenabflüsse, bevor er sich durch Werklohnzufluss refinanzieren kann. Aus Sicht des Bestellers liegt genau darin eine Liquiditätsreserve: er erfährt durch Werkleistung den Wertzuwachs, der Kapitalabfluss erfolgt aber erst danach.

Das Instrument der Abrechnung ermöglicht, den Kapitalabfluss zu beschleunigen oder zeitlich weiter nach hinten zu verschieben. Im Fokus stehen also die Fragen: was und wie, d.h. unter welchen Voraussetzungen, darf man abrechnen? Diese verknüpft sich unauflöslich mit dem „Wann“ der Abrechnung, also der Frage nach Fälligkeit und Verzug.

Nach Gesetz hat die finale Abrechnung grundsätzlich nach Abnahme zu erfolgen (Schlußrechnung) § 641 BGB, zwischenzeitliche Rechnungen gestattet § 632a BGB (Abschlagsrechnung), die in der Praxis ebenfalls anzutreffenden Vorauszahlungen, d.h. Zahlungen auf zukünftige Leistung anstelle der Zahlung

auf bereits erbrachte Leistung (Abschlags- bzw. Schlußrechnung) ¹¹³⁵ sind gesetzlich nicht gesondert geregelt und daher vollständig der Privatautonomie der Parteien überlassen ¹¹³⁶.

Aus § 650g IV 2 BGB ergibt sich, dass die Abrechnung prüfbar erfolgen muss. Die Schlussrechnung ist prüffähig, wenn sie eine übersichtliche Aufstellung der erbrachten Leistungen enthält und für den Besteller nachvollziehbar ist. Jedoch hat der Gesetzgeber davon abgesehen, dies inhaltlich weiter zu konkretisieren ¹¹³⁷. Letztlich wird somit den auch schon vor Einführung des § 650g BGB gefällten Urteilen Rechnung getragen, die stets das Informations- und Kontrollinteresse des Auftraggebers im konkreten Einzelfall betont haben, er müssen in die Lage versetzt werden, die Abrechnung in gebotener Weise prüfen zu können ¹¹³⁸. Prüfbarkeit heißt Nachvollziehbarkeit ¹¹³⁹.

In diese gesetzgeberisch gewollte fehlende Definitionstiefe der Abrechnung greifen vertragliche Regelungen ein. Allerdings ist zu differenzieren (wie sich aus der AGB-Rechtsprechung ergibt), zwischen

- Ordnungsvorschriften zu Form, Aufbau und Darstellungsmittel der Abrechnung aufgestellt werden, die dazu dienen sollen, die erbrachte Leistung transparent zu machen und eine Prüfung der Abrechnung zu erleichtern: solche ist regelmäßig unbedenklich ¹¹⁴⁰, und
- bedenklichen Regelungen, die Auswirkungen auf den Vergütungsanspruch haben,
 - Verlust von berechtigten Ansprüchen bei Nichtbeachtung von Form und/oder Frist
 - die gesetzliche Einwendungen abschneiden
 - Bestimmung eines fiktiven Leistungsumfangs mit der Folge nicht unwesentlicher Erhöhung oder Minderung der VergütungDiese sind regelmäßig unwirksam ¹¹⁴¹.

So erweist sich bspw. folgende Regelung als unbedenklich ¹¹⁴²:

Die Schlussrechnung ist mit allen prüfbaren Unterlagen, Aufmaßbelegen und Revisionszeichnungen vorzulegen.

¹¹³⁵ Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, 4. Aufl. 2022, BGB § 641 Rn. 31, Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, 4. Aufl. 2022, BGB § 632a Rn. 12

¹¹³⁶ Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, 4. Aufl. 2022, BGB § 641 Rn. 32, Beck VOB/B Kandel VOB/B § 16 Rn. 1, Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, 4. Aufl. 2022, BGB § 632a Rn. 13

¹¹³⁷ BT-Drs. 18/11437, S. 43, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 707

¹¹³⁸ BGH NJW 2001, 521, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 707

¹¹³⁹ Kniffka/Koebler/Jurgetleit/Sacher-Kniffka, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 4. Teil F IV 1 a Rn. 537, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 707

¹¹⁴⁰ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 707

¹¹⁴¹ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 707,

¹¹⁴² OLG Celle IBR 1998, 192, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 709

Bedenklich ist dagegen folgende Regelung:

Der Auftragnehmer muss die Schlussrechnung innerhalb von 4 Wochen nach mängelfreier Beendigung der Leistungen und Lieferungen einreichen;

Die Regelung würde nämlich das Stellen der Schlussrechnung und damit die Fälligkeit der Schlusszahlung schon bei kleinsten Mängeln verhindern, was gegen das gesetzliche Leitbild §§ 640, 641 BGB verstößt, wonach die Fälligkeit der Schlusszahlung nur von der Abnahme abhängt, die bei unwesentlichen Mängeln nicht verweigert werden darf¹¹⁴³.

Ebenso bedenklich ist folgende Regelung¹¹⁴⁴:

Wird die Rechnung nicht innerhalb 8 Tagen nach Rechnungsdatum schriftlich beanstandet, so ist sie vom Auftraggeber nach unseren Lieferungs- und Zahlungsbedingungen anerkannt.

Sie führt zum Verlust von Einwendungen unter Verstoß gegen den Grundsatz, wonach Schweigen keinen Erklärungswert hat.

Sehr kritisch sind Regelungen, die die Folge des Rechtsverlusts nach sich ziehen, wie bspw.:

Ansprüche und Forderungen, die der Auftragnehmer erst nach Beendigung der Arbeiten oder erst mit Einreichung der Schlussrechnung geltend macht, bleiben unberücksichtigt¹¹⁴⁵.

oder

Der Auftragnehmer verzichtet mit Einreichung der Schlussrechnung auf jegliche Nachforderungen¹¹⁴⁶.

oder

Die Schlussrechnung muss vollständig und abschließend aufgestellt werden. Nachforderungen werden hiermit ausgeschlossen. Der Auftragnehmer verzichtet ausdrücklich auf alle Ansprüche, die nicht in der Schlussrechnung geltend gemacht werden¹¹⁴⁷.

oder

¹¹⁴³ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 710, LG München I (7 O 22388/87) und (7 O 23960/87), beide unveröffentlicht.

¹¹⁴⁴ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 715

¹¹⁴⁵ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 719

¹¹⁴⁶ OLG München NJW-RR 1987, 589, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 720

¹¹⁴⁷ BGH NJW 1998, 2124, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 721

Legt der Auftragnehmer nach Abschluss der Leistungen ohne ausreichend begründeten Anlass binnen Jahresfrist keine prüffähige Schlussrechnung vor, verfällt der Anspruch auf die Schlusszahlung¹¹⁴⁸.

Nur scheinbar angemessener aber im Ergebnis ebenso unwirksam ist folgende Regelung:

Wird das Aufmaß vom Auftragnehmer nicht erstellt oder ist das Aufmaß unbrauchbar, so kann der Auftraggeber das Aufmaß allein erstellen und die Kosten dem Auftragnehmer anlasten.

Denn hier wird dem Auftraggeber die Möglichkeit zur Ersatzvornahme auch für den Fall gegeben, dass der Auftragnehmer diese Nebenpflicht aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen nicht ausführt und auch die gesetzliche Mahnung nicht erfolgt¹¹⁴⁹

Eine unzulässige Aufmaßfiktion stellt folgende Regelung dar, weil sie eine tatsächlich nicht erbrachte Leistung zur Abrechnung stellt, was dem gesetzlichen Leitbild gem. §632a BGB widerspricht¹¹⁵⁰:

Das Überdecken aller Mauerwerksöffnungen mit Stützen, ebenso das Anlegen aller Vorlagen, Tür- und Fensteranschlüge und Brüstungsnischen bei allen Wanddicken, soweit solche vorgesehen sind, werden mit ihrem Volumen im Mauerwerk mit abgerechnet.

Letztlich sollte man in der Verhandlung des vertraglichen Äquivalents also entlang der Abgrenzung argumentieren:

Handelt es sich um eine reine Ordnungsvorschrift zu Form, Aufbau und Darstellungsmittel der Abrechnung mit dem Zweck, die erbrachte Leistung transparent zu machen und eine Prüfung der Abrechnung zu erleichtern oder hat die Regelung (auch) Auswirkungen auf den Vergütungsanspruch oder führt gar zum Verlust oder zur Verminderung?

4.6.1.1.2 Zahlung

Die Frage des „Wann“ einer Zahlung beeinflusst ebenso den Liquiditätsverlauf im Projekt. Je früher der Kapitalzufluß, desto eher baut sich Liquidität auf, je später der Kapitalabfluß oder gar kein Liquiditätsabfluß, desto länger bleibt ein Liquiditätspuffer erhalten. In der Praxis finden sich deshalb umfangreiche Regelungen zur Zahlung, nämlich

¹¹⁴⁸ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 723

¹¹⁴⁹ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 727

¹¹⁵⁰ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 730

- zur Zahlung an sich
- zu Abschlagszahlungen
- zu Zahlungsplänen
- zu Fälligkeit und Verzug
- zu Skonto
- zu Überzahlung
- zu Abtretung, Aufrechnung und Zurückbehaltung
- zu Verjährung

Für ihr Verhandeln ist zu beachten, dass den gesetzlichen Regelungen der §§ 641 und 632a BGB Leitbildcharakter zukommt ¹¹⁵¹ und Argumentationshilfe gibt.

- zur Zahlung an sich

Im Bereich der Zahlungsregelungen an sich ist zu beachten, dass es wegen §§ 269 I, 270 I und IV BGB auf die Rechtzeitigkeit der Leistungshandlung ankommt, d.h. der Schuldner muss rechtzeitig alles getan haben, was seinerseits erforderlich ist, um den Gläubiger zu befriedigen. Dem ist er gerecht geworden, wenn er den Überweisungsauftrag erteilt hat und sein Konto gedeckt ist ¹¹⁵².

Das scheint der Europäischen Zahlungsrichtlinie ¹¹⁵³ in der Auslegung des EuGH entgegenzustehen, wonach bei einer Zahlung durch Banküberweisung der geschuldete Betrag dem Konto des Gläubigers rechtzeitig gutgeschrieben sein muss, wenn das Entstehen von Verzugszinsen vermieden oder beendet werden soll ¹¹⁵⁴. Der BGH weigerte einer in diesem Sinne formulierten Klausel jedoch die Anerkennung der Wirksamkeit und hielt daran fest, dass es für die Rechtzeitigkeit auf die Vornahme der Leistungshandlung ankäme und Risiken für Verzögerungen durch den Zahlungsdienstleister vom Gläubiger zu tragen sind ¹¹⁵⁵.

Man wird hier also in der Verhandlung (zumal individuell) als einiges mit Verhandlungsgeschick vertreten dürfen.

- zu Abschlagszahlungen

Das Recht auf Abschlagszahlungen darf dem Auftragnehmer wegen des Leitbilds des § 632a BGB nicht genommen werden ¹¹⁵⁶.

¹¹⁵¹ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 762

¹¹⁵² MüKoBGB/Krüger, 9. Aufl. 2022, BGB § 270 Rn. 1, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 763, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 763, OLG Koblenz NJW-RR 1993, 583; OLG Köln NJW-RR 1992, 1528

¹¹⁵³ Richtlinie 2011/7/EU Zahlungsverzug

¹¹⁵⁴ EuGH NJW 2008, 1935

¹¹⁵⁵ BGH NJW 2017, 1596, insb. Rn. 23 und 24

¹¹⁵⁶ Kniffka, ZfBR 2000, 227, 229, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 781

Dies schließt den Anspruch ein, auch für erforderliche Bauteil, Baustoffe oder eigens angelieferte oder angefertigte Bauteile Zahlung erlangen zu können, wenn sie übereignet werden oder Sicherheit dafür geleistet wird¹¹⁵⁷.

Ebenso dürfen diese Zahlungen nicht verkürzt werden, was bspw. diese unwirksame Klausel¹¹⁵⁸ zeigt:

Abschlagszahlungen werden in Höhe von 95 % des Honorars für nachgewiesene Leistungen einschließlich Umsatzsteuer gewährt.

oder

Abschlagszahlungen erfolgen auf Grund einer prüffähigen Rechnung bis 90 % der erbrachten Leistung

Der Auftragnehmer wird in Höhe der Zahlungsverkürzung (hier 5 % bzw. 10%) mit dem Insolvenzrisiko des Auftraggebers belastet und erleidet gegenüber dem Leitbild des § 632a BGB Liquiditätsnachteile¹¹⁵⁹.

Erhellend ist auch die Begründung der Unwirksamkeit folgender Klausel:

Abschlagszahlungen sind auf schriftlichen Antrag in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungserfüllung mit Leistungsbestätigungsprotokoll des Auftragnehmers und der BÜZ nach kontiertem Einkauf (ggf. entsprechend dem zum Vertragsbestandteil gewordenen Zahlungsplan) einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenden Umsatzsteuerbetrages zu gewähren. Die Rechnung ist stets unter Angabe der Vertragsnummer, SAP-Bestell-Nr., des Streckenabschnitts, der Projekt- bzw. Vorhaben-Nummer einzureichen. Insbesondere ist zu beachten, dass keine Rechnung vor Vorlage des durch den Auftraggeber zu erstellenden Bestellscheins eingereicht werden darf (kann!), eine Rechnung stets die Vertragsnummer des Auftraggebers und die Bestellnummer SAP laut Bestellschein im Bezug aufweisen muss.

Nach dem gesetzlichen Leitbild des § 632a I BGB muss der Unternehmer nicht mehr tun als die Leistung zu erbringen und dies nachzuweisen. In der vorstehenden Klausel treten jedoch weitere Anforderungen hinzu, auf die der Unternehmer keinen Einfluß hat und die verzögernd wirken (können).¹¹⁶⁰

¹¹⁵⁷ Kniffka, ZfBR 2000, 227, 229, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 781

¹¹⁵⁸ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 784

¹¹⁵⁹ BGH IBR 2006, 212, LG Mainz (2 O 22/93), unveröffentlicht, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 785

¹¹⁶⁰ LG Frankfurt IBR 2008, 76, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 791

- zu Zahlungsplänen

Zahlungspläne sind ein häufiges Steuerungselement des Liquiditätsverlaufs im Projekt, verschaffen sie doch einer Seite durch einen zeitlichen Versatz zwischen Kapitalzufluß (bspw. Bereitstellung der Projektmittel, Erhalt des Werklohns) und Kapitalabfluß (bspw. Zahlung von Werklohn, Mehraufwendungen, Lieferanten) Liquiditätsreserven bzw. eine Liquiditätsunterdeckung.

Auch hier kommt das Leitbild des § 632a BGB zum Tragen:

Zahlungspläne dürfen (im Rahmen von AGB) nicht so stark vom Leitbild abweichen, dass kein ausgewogenes Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung mehr gegeben ist¹¹⁶¹, was bspw. auch der Fall sein kann, wenn eine Vorauszahlung vor diesem Hintergrund völlig überhöht ist und die Vorleistungspflicht des Unternehmers konterkariert¹¹⁶² oder ein erheblicher Teil erst nach Abnahme gezahlt wird¹¹⁶³.

Es gilt also, das rechte Maß zu finden und zu verstehen, dass sich im Zahlungsplan für jede Zahlung eine angemessene Relation von bis dahin insgesamt erbrachter Leistung und insgesamt geleisteter Zahlung und ein angemessenes Verhältnis zwischen dem Wert der einzelnen die Zahlung der Zahlungsrate auslösenden Teilleistung und ihrer Bezahlung widerspiegeln.

- zu Fälligkeit und Verzug

Auch hier kommt das gesetzliche Leitbild zum Tragen: Nach § 641 BGB ist mit Abnahme der Werklohn zu zahlen. Daran scheitert bspw. folgende Klausel:

Die Anweisung der Schlusszahlung abzüglich des Sicherheitseinbehaltes erfolgt 2 Monate nach Schlussabnahme und Prüfung der Schlussrechnung.

Der Zeitpunkt der Schlussrechnungsprüfung ist nicht konkretisiert. Es ist erkennbar, dass die Zahlung erst nach Abnahme erfolgen wird, ohne dass der genaue Zeitpunkt für den Unternehmer vorhersehbar wäre¹¹⁶⁴.

Ähnliches gilt für folgende Regelung:

Die Schlusszahlung ist frühestens 1 Monat nach Abnahme und Vorliegen des behördlichen Gebrauchsabnahmescheins zur Zahlung fällig.

Denn auf die Erteilung des behördlichen Gebrauchsabnahmescheins hat der Unternehmer keinen Einfluß, was die Fälligkeit der Schlußzahlung für ihn unbestimmt und nicht erzwingbar macht. Zudem hat der Auftraggeber ein Instrument in der Hand, durch zögerliches Bedienen der behördlichen

¹¹⁶¹ LG Berlin (26 O 276/05), unveröffentlicht, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 792

¹¹⁶² Zu einer 705 Vorauszahlung bei Anlieferung vor der Montage: OLG Schleswig BauR 1994, 513, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 794

¹¹⁶³ LG München I (7 O 10340/89), unveröffentlicht, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 793

¹¹⁶⁴ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 802, OLG Karlsruhe NJW-RR 1993, 1435

Notwendigkeiten das Verfahren zu verzögern und damit auch die Fälligkeit der Schlußzahlung hinauszuzögern.¹¹⁶⁵

Es empfiehlt sich hier also, eng am gesetzlichen Modell zu bleiben.

Hinsichtlich des Zahlungsverzug sollte man ebenfalls eng am Gesetz bleiben, was bspw. folgende unwirksame Klausel zeigt:

Zahlungsverzug für die vom Auftraggeber zu leistende Schlusszahlung tritt erst 3 Monate vom Tage der Ausstellung des Abrechnungsschreibens des Auftraggebers an gerechnet ein, vorausgesetzt, dass der Auftragnehmer sämtliche ihm obliegenden Verpflichtungen erfüllt und die Zahlung nochmals angemahnt hat.

Denn nach § 286 III BGB tritt automatisch 30 Tage nach Zugang der Schlussrechnung Verzug ein. Von diesem Leitbild weicht die Klausel hinsichtlich des Zeithorizonts und auch der Anforderungen (nochmalige Mahnung) ab.¹¹⁶⁶

Ein beliebtes Instrument, die Fälligkeit nach hinten zu verschieben, ist die Einfügung einer Prüfung mit Prüffrist.

Allerdings hat dies Grenzen, wie diese unwirksame Klausel zeigt:

Zur Prüfung der Schlussrechnung steht dem Auftraggeber und der Objektüberwachung eine angemessene Frist zu, welche höchstens 3 Monate betragen darf. Die Frist beginnt erst zu laufen, wenn dem Auftraggeber alle für die Prüfung erforderlichen Unterlagen vorliegen. Die Schlusszahlung erfolgt dann 4 Wochen nach Zugang des Abrechnungsschreibens des Auftraggebers beim Auftragnehmer.

Solch lange Zahlungsziele von zumindest 4 Monaten (3 Monate Prüfung plus 4 Wochen) sind mit § 286 III BGB nicht vereinbar¹¹⁶⁷.

- zu Skonto und Nachlass

Dogmatisch handelt es sich beim Skonto um einen aufschiebend bedingten Teilerlass für den vereinbarten Bedingungsfall, in der Regel die sofortige oder vorzeitige Zahlung, wofür der zum Skonto berechnigte die Beweislast trägt¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁵ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 803

¹¹⁶⁶ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 806, Kniffka, ZfBR 2000, 227

¹¹⁶⁷ OLG München NJW-RR 1990, 1358, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 808

¹¹⁶⁸ BGH NJW 1998, 1302, Kniffka iBrOK BauVertrR/Pause, 25. Ed. 6.3.2023, BGB § 641 Rn. 73, Kapellmann/Messerschmidt/Messerschmidt, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 16 Rn. 438, Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, 4. Aufl. 2022, BGB § 641 Rn. 166

In Ansehung der Rechtsprechung ist wesentlich, dass¹¹⁶⁹

- eine bestimmte Skontohöhe vereinbart ist,
- eine bestimmte Skontofrist vereinbart ist, innerhalb der unter Abzug des Skontos zu zahlen ist,
- klargestellt wird, welche Zahlung skontierbar ist,
- klargestellt ist, welche vom Auftragnehmer beeinflussbaren Bedingungen das Skonto auslösen¹¹⁷⁰.
- Weiterhin ist wesentlich zu regeln, was die Verfehlung der Skontofrist für eine Zahlung für weitere Zahlungen bedeuten soll: entfällt die Skontoabrede insgesamt oder nicht¹¹⁷¹?
- Skonto stellt einen Ausgleich für eine Zahlung vor Fälligkeit dar und reduziert das Vorfinanzierungsrisiko des Unternehmers; eine Skontierung bei Zahlung nach Fälligkeit ist nicht gerechtfertigt¹¹⁷².

Ein Prüfzenario sollte auch hier nicht zahlungsverzögernd eingebaut werden¹¹⁷³.

Im Unterschied zum Skonto enthält ein Rabatt oder Nachlass keine Bedingung, d.h. Fristenbindung¹¹⁷⁴. Grundsätzlich gelten dennoch die vorliegenden Überlegungen entsprechend.

Hinzu kommt, dass man sich über die Erstreckung des Nachlasses klar und abgrenzbar vereinbaren sollte. In der Praxis häufig anzutreffen sind Regelungen, die solche Nachlässe auch auf Leistungsmodifikationen anwenden wollen. Das ist vor dem Hintergrund des § 650c BGB kritisch zu sehen. Soweit der Vertrag selbst nicht vereinbart, dass eine Urkalkulation der Werkleistung zu hinterlegen und Leistungsmodifikationen auf dieser Grundlage zu ermitteln sind (§ 650 c II BGB), berechnet sich die Vergütung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn (§650c I BGB). Die tatsächlich erforderlichen Kosten sind Ist-Kosten¹¹⁷⁵, also Selbstkosten des Unternehmers¹¹⁷⁶. Würde man solche Selbstkosten durch Skonto, Nachlass, Rabatt usw. reduzieren, wäre ein Preisniveau unterhalb der Selbstkosten das Ergebnis. Das leuchtet fairer Weise nicht ein.

¹¹⁶⁹ BeckOK VOB/B/Kandel, 50. Ed. 31.10.2022, VOB/B § 16 Abs. 5 Rn. 10-13

¹¹⁷⁰ OLG Frankfurt NJW-RR 1988, 1485

¹¹⁷¹ OLG Stuttgart IBR 1998, 192; OLG München NJW-RR 1992, 790, OLG Celle NJW-RR 2004, 1165; OLG Bremen BauR 2004, 862, BGH NJW 2000, 3277

¹¹⁷² OLG Frankfurt NJW-RR 1988, 1485, LG München IBR 2007, 1219

¹¹⁷³ LG Berlin BauR 1986, 700, OLG Frankfurt NJW-RR 1988, 1485

¹¹⁷⁴ Kapellmann/Messerschmidt/Messerschmidt, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 16 Rn. 439, Kniffka ibrOK Bau-VertrR/Pause, 25. Ed. 6.3.2023, BGB § 641 Rn. 78, Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, 4. Aufl. 2022, BGB § 641 Rn. 167

¹¹⁷⁵ Langen / Berger / Dauner-Lieb, Kommentar zum Bauvertragsrecht, 2. Auflage 2022, § 650c BGB, Rn. 37a, Althaus BauR 2017, 412, 416

¹¹⁷⁶ Kuffer / Wirth, Handbuch Bau- und Architektenrecht, 7. Auflage 2023, Teil V, Rn. 420

- zu Überzahlung

In Ansehung des gesetzlichen Leitbilds des § 812 BGB sind Rückzahlungsregelungen häufig unbedenklich. Kritisch wird allerdings folgende Regelung:

Stellt die Rechnungsprüfungsbehörde nach der Schlusszahlung Überzahlungen fest, so verpflichtet sich der Auftragnehmer ohne jede Einrede, die festgestellten Beträge zurückzuerstatten.

Hier werden dem Auftragnehmer jegliche Einwände abgeschnitten¹¹⁷⁷.

Kritisch ist auch folgende, in der Praxis recht häufig anzutreffende Regelung:

Im Falle einer Überzahlung hat der Auftragnehmer den zu erstattenden Betrag – ohne Umsatzsteuer – vom Empfang der Zahlung an mit 4 v. H. für das Jahr zu verzinsen.

Denn das gesetzliche Leitbild des § 818 BGB verlangt die Rückerstattung tatsächlich gezogener Nutzungen, bei Geld also tatsächlich erzielter Zinserträge aus der Überzahlung.

Die Vereinbarung eines Prozentsatzes repräsentiert dagegen einen pauschalierten Nutzungsvergütungsanspruch¹¹⁷⁸.

- zu Abtretung, Aufrechnung und Zurückbehaltung

In der Praxis finden sich recht häufig Abtretungsverbote. Weil auch gesetzlich in § 399 2. Alt. BGB vorgesehen, bestehen dagegen regelmäßig keine Bedenken. Für Unternehmer ist allerdings die Abtretung ihrer Werklohnforderung häufig eine interessante Möglichkeit, sich Liquidität zu verschaffen. Dies geschieht bspw. durch das sog. Factoring, d.h. die Abtretung der Werklohnforderung durch den Unternehmer an einen Factor gegen sofortigen oder baldigen Liquiditätszufluß beim Unternehmer (Forderungsverkauf)¹¹⁷⁹. Gegen Abtretungsverbote schützen im kaufmännischen Bereich § 354a HGB, ungeachtet eines Verbots ist die Abtretung einer Geldforderung wirksam.

Noch häufiger anzutreffen ist die Kollisionslage zwischen Abtretungsverböten einerseits und Formen des Eigentumsvorbehalts andererseits (einfach, erweitert, verlängert). Auch als AGB wird man solche Eigentumsvorbehalte wirksam vereinbaren können¹¹⁸⁰, für Abtretungsverböte gilt dasselbe (s.o.). Für deren Kollision hat der Gesetzgeber in § 308 Nr. 9 BGB einen Eckpunkt gesetzt, der wegen der Typisierung auch auf § 307 BGB abstrahlt.

¹¹⁷⁷ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 847

¹¹⁷⁸ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 848

¹¹⁷⁹ Zu den Einheiten ausführlich: Fingerhut, Vertrags- und Formularbuch, 13. Auflage 2021, § 48 Factoring, Rn. 1

¹¹⁸⁰ MüKoBGB/Wurmnest, 9. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 273

Für Geldforderungen § 308 Nr. 9 lit. a. BGB setzt sich die Aussage des § 354 a HGB fort.

Ansonsten gilt allgemein, was ohnehin schon immer Stand der Rechtsprechung ist¹¹⁸¹, dass ein Abtretungsverbot nicht hinnehmbar erscheint, wenn beim Verwender ein schützenswertes Interesse an dem Abtretungsausschluss nicht besteht oder berechnete Belange des Vertragspartners an der Abtretbarkeit des Rechts das schützenswerte Interesse des Verwenders an dem Abtretungsausschluss überwiegen (§ 308 Nr. 9 lit. b BGB).

Für eine Verhandlung sollten den Parteien diese Kriterien bewußt sein. Gerade der Gedanke des Harvard-Modells berechtigt in der Verhandlung zur gezielten und ausdrücklichen Frage, welche Interessen für den Verhandlungspartner tatsächlich auf dem Spiel stehen. In der Praxis erhielt der Verfasser auf eine solche Frage häufig nur Achselzucken und ausweichende Formulierungen. Damit eröffnet sich die Chance einer Verbesserung der eigenen Position.

- zu Verjährung

Das Instrument der Verjährung bietet die Chance, Liquidität nach deren Eintritt behalten zu können. Dementsprechend bestehen entgegengesetzte Interessen der Parteien, Verjährungsfristen möglichst lang zu gestalten, um sich selbst Kapitalzufluß möglichst lange offenzuhalten, bzw. möglichst kurz zu halten, um eigenen Kapitalabfluß baldigst zu verhindern. Gesetzlich beginnt für Werklohnforderungen die Verjährung regelmäßig mit Ende des Jahres, in dem sie fällig wurde und endet 3 Jahre später §3 195, 199 BGB. § 202 BGB gestattet demgegenüber eine Verkürzung von Verjährungsfristen.

Schon die folgende Klausel hat der Bundesgerichtshof aber wegen Abweichung vom gesetzlichen Leitbild der §§ 195, 199 BGB für unwirksam erachtet:

Die Ansprüche des Auftragnehmers auf Werklohn verjähren in zwei Jahren.

Für die Abweichung vom gesetzlichen Leitbild der §§ 195, 199 BGB ist kein berechtigtes Interesse des Auftraggebers an einer solchen Verkürzung erkennbar¹¹⁸².

Wenngleich von reinen Wortlaut nicht offensichtlich, wirkt doch die nachstehende, ebenfalls unwirksame Regelung, noch einschneidender vor dem Hintergrund, dass in dem dort streitgegenständlichen Vertragsverhältnis auch die VOB/B vereinbart war, die in § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B eine dem Zugang der Schlussrechnung um 30 Kalendertage (§ 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 VOB/B) bzw. ausnahmsweise um 60 Kalendertage nachgelagerte Fälligkeit ausweist.

¹¹⁸¹ Vgl. etwa BGHZ 110, 241 (243) mwN = NJW 1990, 1601 (1602); BGH NJW-RR 2000, 1220 (1221); NJW 2006, 3486, MüKoBGB/Wurmnest, 9. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 274

¹¹⁸² BGH IBR 2013, 65, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 862a

Die Klausel lautet:

Alle Ansprüche des Auftragnehmers verjähren innerhalb von 6 Monaten nach Zusendung der Schlussrechnung an den Auftraggeber.

D.h. diese Klausel ließe die Verjährung zu einem Zeitpunkt beginnen, zu dem noch gar keine Fälligkeit der Werklohnforderung eingetreten war. Damit wirkt die Regelung stark verkürzend¹¹⁸³. Dies wirkt umso schwerer, wenn bspw. zwischen Zugang der Schlußrechnung und Eintritt der Fälligkeit ein Jahreswechsel liegt; was in der Praxis im „Jahresendspurt“ mit Blick auf das Ende des Geschäftsjahres zum 31.12., dem Verfall bereitgestellter Haushaltsmittel der öffentlichen Hand usw. sehr häufig anzutreffen ist. Im Vergleich eines Verjährungsbeginns mit Zugang der Schlußrechnung einerseits und eines Verjährungsbeginns mit Fälligkeit erst im neuen Jahr verkürzt sich dann die Verjährungsfrist gegenüber dem gesetzlichen Leitbild nicht nur um die kürzere Dauer (hier 6 Monate), sondern auch noch um ein weiteres Jahr.

Interessanterweise hat das über die Klausel urteilende Oberlandesgericht Düsseldorf auch darauf abgestellt, welche Verjährungsregelungen der Verwender der Klausel für eigene Ansprüche in Anspruch nahm. Aus dem Umstand, dass der Verwender hierfür die Verjährungsbestimmungen des BGB vorsah, schöpfte das OLG ein weiteres Argument für die Unwirksamkeit¹¹⁸⁴.

Für die Verhandlung sollte man sich also immer vor Augen führen, ob/dass die eigenen Interessen an einer Verlängerung oder Verkürzung diejenigen des Verhandlungspartners überwiegen und inwieweit man in seinen Formulierungen das eigene Recht auch dem anderen zubilligen möchte.

4.6.1.2 Zurückbehaltungsrechte

Auch die temporäre Zurückbehaltung der eigenen Leistung gem. § 273 BGB ist in der Praxis ein häufig genutztes Mittel. Deren vollständiger Ausschluß wird jedoch (als Klausel) nicht möglich sein¹¹⁸⁵. Interessant, weil für eine Verhandlung nutzbar sind dabei die Argumente und Kriterien des BGH: ein berechtigtes Interesse des Bestellers am vollständigen Ausschluß sei nicht erkennbar. Zudem würde der Ausschluss der Zurückbehaltung mit Gegenansprüchen aus dem selben Rechtsverhältnis umfassen, die unbestritten oder rechtskräftig festgestellt sind¹¹⁸⁶.

¹¹⁸³ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 862, OLG Düsseldorf NJW-RR 1988, 147Ver

¹¹⁸⁴ OLG Düsseldorf BauR 1988, 222, 223, II, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 862

¹¹⁸⁵ BGH (X ZR 97/83), BauR 1985, 319, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 854

¹¹⁸⁶ BGH (X ZR 97/83), BauR 1985, 319

4.6.1.3 Aufrechnung

Der zur Zurückbehaltung tragende Gedanke der Vereitelung eines Gegenrechts selbst für den Fall des unstreitigen oder rechtskräftig festgestellten Anspruchs findet sich auch in folgender, allerdings wirksamen Klausel¹¹⁸⁷:

Die Aufrechnung streitiger Gegenforderungen gegen unbestrittene, fällige Rechnungsbeträge sowie Abzüge jeder Art ist unzulässig.

Für den BGH war einereits entscheidend, dass der Bereich der unbestrittenen nicht angetastet wird. Die im Wortlaut nicht ausdrücklich genannten rechtskräftig festgestellten Ansprüche seien dabei als Unterfall der unstreitigen Ansprüche zu verstehen¹¹⁸⁸. Die Erhaltung der eigenen Rechtsposition für den Fall, dass die Gegenrechte unstreitig, anerkannt oder rechtskräftig festgestellt sind, ist daher von zentraler Bedeutung auch für die Verhandlung.

In der Praxis ein ebenso oft anzutreffender Fall ist derjenige der Aufrechnung mit Forderungen anderer, in der Regel demselben Firmenverbund oder Konzern angehörenden Gesellschaften gegen Forderungen des Vertragspartners aufzurechnen (sog. Konzernverrechnungsklauseln). Dieses Interesse ist häufig besonders groß, wenn der eigene Liquiditätspuffer oder Werklohnanspruch insgesamt zu gering ist, um einen größeren eigenen Anspruch (bspw. auf Schadenersatz wegen Terminverzugs oder Mangel- und Mangelfolgeschäden) durchzusetzen, aber andere Konzerngesellschaften noch genug Liquiditätspuffer oder Werklohnansprüche vorhalten. Als Kriterien werden hier angesprochen

- Ist der Kreis möglicher Konzernmitgliedern hinreichend bestimmt und nicht uferlos¹¹⁸⁹?
- Wird das vom Gesetz verlangte Gegenseitigkeitsverhältnis beachtet¹¹⁹⁰?
- Ist eine solche Regelung insolvenzfest¹¹⁹¹: Die Aufrechnungslage entsteht bei Konzernverrechnung erst mit der Aufrechnungserklärung, weil vorher nicht feststeht, welches der Konzernunternehmen von der Aufrechnungsmöglichkeit Gebrauch macht. Eine nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erklärte Aufrechnung mit Gegenforderungen anderer Konzerngesellschaften auf Grund einer Konzernverrechnungsklausel ist deshalb entsprechend § 96 I Nr. 2 InsO unzulässig¹¹⁹².

4.6.2 Sicherheiten

Die zweitbeste Möglichkeit, sich zu sichern, sind Sicherheiten.

¹¹⁸⁷ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 855, BGH NJW 1984, 357, BGH NJW 1989, 3215

¹¹⁸⁸ BGH NJW 1989, 3215, 3216, II 2

¹¹⁸⁹ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 858

¹¹⁹⁰ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 858

¹¹⁹¹ BGH NJW 2006, 3631, BGHZ 160, 107, 109 f.; 81, BGHZ 81, 15

¹¹⁹² BGH NZG 2010, 194, 195 Rn. 11

Zum einen, weil Sicherheiten nur ein Mittel zur Abwendung zukünftiger Gefahren sind, sie schaffen wirtschaftlichen Ausgleich dafür, dass eine Partei ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommen wird¹¹⁹³. Zum anderen, weil sich zur Verfügung stehende Liquidität sofort realisieren lässt, aber Sicherheiten erst einen Realisierungsakt benötigen, regelmäßig die Inanspruchnahme der Sicherheit. Im Übrigen liegt ein Unterschied darin, dass ein Liquiditätspuffer als Folge der Gestaltung des Zahlungsflusses im Projekt rein faktisch entsteht, wohingegen eine Anspruch auf Stellen einer Sicherheit regelmäßig erst durch eine wirksame Sicherungsabrede (meist im Werkvertrag) entsteht¹¹⁹⁴.

Als Sicherheiten lässt § 232 BGB primär folgende Mittel zu:

- Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren
- durch Verpfändung von Forderungen, die in das Bundesschuldbuch oder in das Landesschuldbuch eines Landes eingetragen sind,
- durch Verpfändung beweglicher Sachen,
- durch Bestellung von Schiffshypotheken an Schiffen oder Schiffsbauwerken, die in einem deutschen Schiffsregister oder Schiffsbauregister eingetragen sind,
- durch Bestellung von Hypotheken an inländischen Grundstücken oder
- durch Verpfändung von Forderungen, für die eine Hypothek an einem inländischen Grundstück besteht, oder durch Verpfändung von Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken.

Erst dann, wenn der Schuldner den Sicherungsanspruch aus Unvermögen nicht erfüllen kann¹¹⁹⁵, ist nach dem gesetzlichen Äquivalent eine Bürgschaft zulässig § 232 II BGB. Allerdings haben alle vorstehend genannten Pfandrechte keine praktische Relevanz, die Hypothek allenfalls geringe Relevanz¹¹⁹⁶.

Praktischer Hauptfall und mit Abstand wichtigste Sicherheit ist die Bürgschaft, sofern die VOB/B vereinbart wird, auch verstärkt durch § 17 VOB/B¹¹⁹⁷. Ebenso relevant sind Einbehaltsrechte vom fälligen Werklohn. Bedeutsam ist, dass sich das Stellen der Sicherheit auf der Grundlage von drei separaten Rechtsverhältnissen bewegt:

- die Sicherungsabrede, d.h. die Vereinbarung, eine Sicherheit zu stellen
- die Abrede zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsbegünstigtem
- die Abrede zwischen zur Sicherung Verpflichtetem und dem Sicherungsgeber

Regelmäßig wird im Werkvertrag selbst die Verpflichtung zur Sicherheitenstellung vereinbart, d.h. die Sicherungsabrede getroffen.

¹¹⁹³ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 864

¹¹⁹⁴ Messerschmidt/Voit-Wolff, Privates Baurecht, 1. Teil, M II 3 Rn. 7 – 12a

¹¹⁹⁵ MüKoBGB/Grothe, 9. Aufl. 2021, BGB § 232 Rn. 11

¹¹⁹⁶ Kniffka/Koebler/Jurgetleit/Sacher-Koebler, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, 9. Teil, B V 1 a 147

¹¹⁹⁷ Kniffka/Koebler/Jurgetleit/Sacher-Koebler, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, 9. Teil, B V 1 a 149, Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, 4. Edition 2018, 4 II Rn. 4

Nur ausnahmsweise sind Sicherstellungen auch kraft Gesetzes möglich, wobei im Bauvertrag vor allem auf § 650e BGB (Sicherungshypothek des Bauunternehmers) und § 650f BGB (Bauhandwerkersicherung) hinzuweisen ist. § 650e BGB wird hier mangels Bedeutung in der bauvertraglichen Praxis aufgrund Untauglichkeit¹¹⁹⁸ nicht weiter vertieft. § 650f BGB wird nicht weiter vertieft, weil § 650f VII BGB bestimmt: „Eine von den Absätzen 1 bis 5 abweichende Vereinbarung ist unwirksam.“ § 650f BGB ist weder änderbar noch verzichtbar¹¹⁹⁹. Damit stellt sich die Frage der Ausgestaltung des vertraglichen Äquivalents an dieser Stelle nicht.

Werkvertraglich kann (außerhalb des zwingenden Rechts) im Rahmen der Sicherungsabrede beeinflusst werden, ob und wofür eine Sicherheit zu stellen. Dies bildet späterhin den Rechtsgrund für das Erlangen und Behaltendürfen der Sicherheit durch den Sicherungsbegünstigten¹²⁰⁰.

4.6.2.1 Bürgschaften

Im Rahmen der Bürgschaft können die vorbezeichneten Rechts- und Vertragsverhältnisse begrifflich wie folgt beschrieben werden:

- Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner des Sicherungsvertrags: Sicherungsabrede¹²⁰¹ über die Besicherung der Hauptschuld aus dem Werkvertrag.
- Rechtsverhältnis zwischen Sicherungsgeber (Bürge) und Begünstigtem (Gläubiger): Bürgschaftsverhältnis¹²⁰², unabhängig von der Hauptschuld¹²⁰³.
- Rechtsverhältnis zwischen Sicherungsgeber und Schuldner der Sicherung: Avalverhältnis¹²⁰⁴.

Wegen der thematischen Fokussierung auf den Bauvertrag kann man sich an dieser Stelle auf die Betrachtung der Sicherungsabrede und deren Ausgestaltung beschränken und dabei auch betrachten, welche Vorgaben im Hinblick auf die vom Sicherungsgeber herauszulegende Sicherheit gemacht werden sollten oder können.

Es gilt, durch die Formulierung der Sicherungsabrede dafür sorgen, dass die Sicherungsinteressen, die der jeweiligen Partei akzeptabel erscheinen, berücksichtigt sind. Diese divergieren naturgemäß: Sicherungsinteressen zum eigenen Vorteil sollen möglichst umfassend, Sicherungsinteressen zum eigenen Nachteil dagegen möglichst auf ein Mindestmaß reduziert werden¹²⁰⁵.

¹¹⁹⁸ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 650e Rn. 3, Kniffka iBrOK BauVertrR/Schmitz, 25. Ed. 6.3.2023, BGB § 650e Rn. 7

¹¹⁹⁹ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 650f Rn. 49, BGH NJW 2001, 822, Schmitz, BauR 2001, 818

¹²⁰⁰ Für die Bürgschaft: MüKoBGB/Habersack, 8. Aufl. 2020, BGB § 765 Rn. 8

¹²⁰¹ MüKoBGB/Habersack, 8. Aufl. 2020, BGB § 765 Rn. 8

¹²⁰² MüKoBGB/Habersack, 8. Aufl. 2020, BGB § 765 Rn. 4

¹²⁰³ BGHZ 139, 214, BGH WM 2001, 947

¹²⁰⁴ MüKoBGB/Habersack, 8. Aufl. 2020, BGB § 765 Rn. 7

¹²⁰⁵ Messerschmidt/Voit-Wolff, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, 1. Teil M II 3 Rn. 10

Formüberlegungen spielen zumindest im hier besprochenen B2B-Bereich wegen §§ 766 BGB, 350 HGB keine Rolle.

Es gilt weiterhin, eine wirksame Sicherungsabrede zu treffen, so dass weder den Schuldner der Sicherungsabrede noch den Bürgen (§ 768 I 1 BGB) mit dem Einwand der Unwirksamkeit der Sicherungsabrede die Bürgschaft gem.

§§ 812 ff BGB als Bereicherung sine causa herausgefordert werden kann¹²⁰⁶. Die Wirksamkeit ist in der Praxis eine häufige Problematik, weil die Sicherungsabrede meist formularmäßig erfolgt und insoweit die AGB-Kontrolle eröffnet ist¹²⁰⁷. Das dafür wichtige gesetzliche Leitbild wird durch die Vorleistungspflicht bestimmt, der Auftragnehmer hat nach § 641 BGB das Risiko der Vorfinanzierung und damit auch das Insolvenzrisiko des Auftraggebers in der Ausführungsphase zu tragen¹²⁰⁸. Auch eine Verzinsung gibt es erst ab Fälligkeit § 354 HGB oder Verzug (§§ 280, 286, 288 BGB) mit der Zahlung nach § 641 BGB (vgl. § 641 IV BGB).

In die Abwägung nach § 307 BGB sind dieses Leitbild sowie einerseits das Interesse des Bestellers an einer Absicherung während der Ausführungs- und Gewährleistungsphase¹²⁰⁹ und das Interesse des Auftragnehmers an Liquidität und Gefährdung der Liquidität einzustellen¹²¹⁰. Je weiter sich eine vertragliche Regelung von diesem Leitbild entfernt, desto problematischer wird sie. Je stärker der unmittelbare Zugriff auf die Liquidität ist und der Auftragnehmer darauf verwiesen ist, einen langwierigen und teuren Rückforderungsprozess einzugehen, desto weniger erscheint dies hinnehmbar. Konsequenterweise werden Sicherheiten auf erstes Anfordern als AGB grundsätzlich nicht akzeptiert¹²¹¹ (ausgenommen bspw. die Vorauszahlungssicherheit).

Genauso bedenklich sind überhöhte oder überlange¹²¹² Sicherungsleistungen¹²¹³.

4.6.2.2 Die zu besichernde Hauptforderung

Wenn § 767 BGB für die Verpflichtung des Bürgen gegenüber dem Gläubiger des zu besichernden Anspruchs auf die Hauptverbindlichkeit Bezug nimmt, rückt damit die Frage in den Fokus, wofür eigentlich die Sicherung übernommen werden soll.

Zur Vermeidung der Unwirksamkeit muss diese Hauptverbindlichkeit bestimmbar und wirksam entstanden sein¹²¹⁴. Für die Bestimmbarkeit erforderlich sind

¹²⁰⁶ MüKoBGB/Habersack, 8. Aufl. 2020, BGB § 765 Rn. 8, 9

¹²⁰⁷ MüKoBGB/Habersack, 8. Aufl. 2020, BGB vor § 765 Rn. 6

¹²⁰⁸ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 864

¹²⁰⁹ BGH NZBau 2002, 494

¹²¹⁰ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 864

¹²¹¹ Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher-Koebler, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, 9. Teil A III 1 Rn. 33

¹²¹² So bspw. OLG Köln NJW-RR 2012, 1047 für eine unbestimmte Dauer des Gewährleistungseinbehalts

¹²¹³ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 864

¹²¹⁴ BeckOK BGB/Rohe, 65. Ed. 1.2.2023, BGB § 765 Rn. 16, BGH NJW 1995, 959; BGH 1995, 1886 f. mwN, BGH WM 1992, 1016, 1017; BeckOK BGB/Rohe, 65. Ed. 1.2.2023, BGB § 765 Rn. 16-18

regelmäßig die individuelle Bestimmbarkeit von Gläubiger und Schuldner der Hauptverpflichtung sowie die Bezeichnung des besicherten Anspruchs an sich; auf diese Weise wird der Sicherungszweck bestimmt¹²¹⁵. Die bloße Vereinbarung eines Einbehalts vom fälligen Werklohn in Höhe von 5% reicht allerdings nicht aus, um bestimmbar von einer Sicherungsvereinbarung über diesen Betrag auszugehen¹²¹⁶.

4.6.2.2.1 Allgemeines

Nach dem gesetzlichen Äquivalent ist der Unternehmer bis zur Abnahme vorleistungspflichtig. Die Gefahr, dass deshalb der Besteller keine angemessene Gegenleistung für den Werklohn erhält, besteht somit eigentlich nicht¹²¹⁷.

Das ändert sich, wenn der Vertrag durch den Unternehmer nicht wie vereinbart durchgeführt wird. Das beginnt mit dem Nicht-Erfüllen bspw. durch Unvermögen, Unmöglichkeit oder Insolvenz des Unternehmers, aber auch Verzug, Mängel und Überzahlungen treten hinzu. Gerne damit gekoppelt werden auch Interessen, in der Auftraggeber gesetzlich als Bürge oder wie ein Bürge haftet (bspw. §§ 28e SGB IV, 14 AEntG, 150 III SGB VII, § 13 MiLoG).

In der Praxis haben sich hier Typisierungen in Form der Vertragserfüllungsbürgschaft, der Gewährleistungsbürgschaft und (unter dem Gesichtspunkt der Überzahlung) die Anzahlungs-/Vorauszahlungsbürgschaft herausgebildet.

Vertragserfüllungsbürgschaft

Angesichts des Vorstehenden verwundert es nicht, dass folgende Regelung als unwirksam erachtet wurde:

Soll der Auftraggeber vereinbarungsgemäß die Sicherheit in Teilbeträgen von seinen Zahlungen einbehalten, so darf er jeweils die Zahlung um 20 % kürzen, bis die vereinbarte Sicherheitssumme erreicht ist.

Hier wirkt die Liquiditätsverkürzung mit 20% zu stark¹²¹⁸. In der Baupraxis hat sich im Erfüllungsbereich ein übliches Maximum von 10% herausgebildet¹²¹⁹, bestärkt nicht zuletzt durch § 17 Abs. 6 Nr. 1 Satz 1 VOB/B.

Umgekehrt wäre auch eine solche Regelung unwirksam:

Der Auftraggeber darf höchstens 10 % des Rechnungswertes bis zur Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer einbehalten.

Das gesetzliche Leitbild der §§ 632a, 641 III BGB geht von einem angemessenen Einbehalt wegen Mängeln von in der Regel dem Doppelten des Werts aus. Eine

¹²¹⁵ MüKoBGB/Habersack, 8. Aufl. 2020, BGB § 765 Rn. 72

¹²¹⁶ BGH (VII ZR 126/87), NJW-RR 1988, 851, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 1 Einleitung, Rn. 864

¹²¹⁷ Messerschmidt/Voit-Wolff, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, 1. Teil M II 3 Rn. 14

¹²¹⁸ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 865

¹²¹⁹ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 871

Begrenzung auf 10% des Rechnungswerts kappt dieses Einbehaltungsrecht und schränkt das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht unangemessen ein¹²²⁰. Gleiches gilt auch für die Pauschalierung von Einbehalten¹²²¹.

Nicht der Prozentsatz alleine ist also das Argument, sondern wie es auf Liquidität bzw. ein Gegenrecht wirkt.

Gerne wird in der Praxis versucht, Erfüllungsbürgschaften auf erstes Anfordern zu erlangen. Solche Bürgschaften sind vom Bürgen nach Zugang der Anforderung zu bedienen, auf das Vorliegen eines Sicherungsfalls kommt es nicht an. Eine Verteidigung des Schuldners ist nur mit dem Einwand des offensichtlichen Mißbrauchs möglich; ansonsten verbleibt nur der Rückforderungsprozess. Damit kommt der Bürgschaft auf erstes Anfordern die Funktion der Liquiditätsverschaffung zu – selbst ohne Sicherungsfall. Das überdehnt Sicherungsinteressen des Auftraggebers unangemessen¹²²². An dieser Wertung ändert sich auch nichts, wenn der Auftragnehmer wahlweise die Sicherheit auch durch Hinterlegung stellen dürfte¹²²³. Werden in einer Regelung dem Auftragnehmer allerdings noch weitere Wahlmöglichkeiten (bspw. Einzahlung auf ein Sperrkonto als „Und-Konto“ gem. § 17 Abs. 5 VOB/B) eröffnet, die nicht vergleichbar benachteiligend wirken, ist dies akzeptabel¹²²⁴.

Eine weitere Facette der Überlegungen zeigt folgende (unwirksame) Klausel:

Der Auftragnehmer erhält auf Antrag Abschlagszahlungen in Höhe von 90 % des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen unter der Voraussetzung, dass er eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern in Höhe von 10 % der Netto-Auftragssumme stellt.

Hier kumulieren sich die Sicherungsmittel des Bareinbehalts und der Bürgschaft zur Gesamthöhe von 20%, was eine unzulässige Übersicherung darstellt¹²²⁵. Eine Regelung, die einen Einbehalt von 10% von Abschlagsrechnungen (für Erfüllung) mit einem Einbehalt von 5% der Schlußrechnung (für Gewährleistung) kombiniert, ist dagegen unbedenklich, weil eine Kumulation nicht vorliegt¹²²⁶

Gerne wird in diesem Bereich auch versucht, die Sicherungsabrede (bspw. durch Vorgabe eines Bürgschaftsmusters) so zu gestalten, dass die Verteidigungsmöglichkeiten des Bürgen nach §§ 768, 770 I und 770 II, 771 BGB abgeschnitten werden.

¹²²⁰ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 867

¹²²¹ Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 867

¹²²² BGH NZBau 2002, 494,

¹²²³ BGH IBR 2008, 267

¹²²⁴ OLG Hamm BauR 1998, 135, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 870, BGH BauR 2011, 677 Rn. 24; OLG Celle NJW-RR 2014, 1432; BGH IBR 2018, 76

¹²²⁵ OLG Düsseldorf IBR 2010, 24, LG Berlin IBR 2000, 23, OLG Dresden BauR 2008, 1670

¹²²⁶ BGH BauR 2000, 1498, 1901; KG IBR 1997, 106, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 872

Die Einrede der Vorausklage §§ 771 BGB durch die Vereinbarung als selbstschuldnerische Bürgschaft § 773 I Nr. 1 BGB ist ebenso üblich wie unbedenklich¹²²⁷. Der gemeinsame Ausschluß der §§ 768 und 770 BGB ist dagegen als Klausel nicht akzeptabel, weil er das Leitbild der akzessorischen Haftung verlässt¹²²⁸. Ebensowenig ist der Ausschluß von § 770 II BGB (Einrede der Aufrechnung) akzeptiert, weil das Leitbild der Subsidiarität der Bürgschaft nicht gewahrt wird¹²²⁹.

Für die Verhandlung sollte man also auf klare Zeiträume, Verzinslichkeit, Vermeidung des ersten Anforderns, eine maßvolle Handhabung eines Ausschlusses von §§ 768, 770, 771 BGB und Aufrechterhaltung der Liquidität und Aufrechterhaltung des Wahlrechts des Unternehmers zwischen den Sicherungsmitteln des § 232 BGB achten.

Gewährleistungsbürgschaft

Das gesetzliche Leitbild geht an dieser Stelle davon aus, dass die Vorleistungspflicht des Auftragnehmers mit Abnahme endet und ihm dann der volle Werklohn zusteht, weshalb in diesem Moment auch seine Risikotragung der Insolvenz des Auftraggebers endet¹²³⁰. Grundlegend gelten die allgemeinen Überlegungen wie auch die Überlegungen zur Erfüllungsbürgschaft auch hier. Kritisch sind deshalb Regelungen, die bspw. einen 10% Bareinbehalt bis zum Ablauf der Gewährleistung vorsehen. Sie belasten den Unternehmer übermäßig und büden ihm das Risiko der Insolvenz bis zur Ablauf der Gewährleistung auf¹²³¹. Kritisch ist ein Einbehalt auch dann, wenn er entgegen § 641 IV BGB keine Verzinsung zu Gunsten des Unternehmers ab Abnahme¹²³² bzw. ausdrücklich Zinslosigkeit vorsieht¹²³³.

Anzahlungs/Vorauszahlungsbürgschaft

Anders als für andere Sicherheiten lässt die Rechtsprechung im Falle von Anzahlungs-/Vorauszahlungsbürgschaft die Absicherung auf erstes Anfordern zu¹²³⁴.

¹²²⁷ Messerschmidt/Voit-Wolff, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, 1. Teil M III 2d aa bbb Rn. 129, BGH NJW-RR 2000, 1331

¹²²⁸ BGH BauR 2011, 1809, Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher-Koebler, Kompendium des Baurechts 5. Auflage 2020, 9. Teil A III 1 Rn. 34

¹²²⁹ OLG Düsseldorf IBR 2008, 442

¹²³⁰ OLG München IBR 1995, 385, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 880

¹²³¹ OLG München IBR 1995, 385

¹²³² OLG Hamm NJW-RR 1988, 726

¹²³³ OLG Zweibrücken BauR 1994, 509, OLG Braunschweig IBR 1995, 108

¹²³⁴ BGH BauR 1988, 594; OLG Frankfurt IBR 2008, 438, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 917

Einen weiteren interessanten Aspekt, nämlich den, ob eine Sicherungsabrede für eine Vorauszahlung auch als solche wirkt und was daraus für ihre Wirksamkeit als AGB folgert, bringt folgende Klausel:

30 % der Auftragssumme sind nach Auftragsbestätigung gegen Gestellung einer unbefristeten Bankbürgschaft, 60 % nach Lieferung und 10 % nach mangelfreier Abnahme durch den Endkunden und Gestellung einer unbefristeten Gewährleistungsbürgschaft über 5 % der Auftragssumme bis zum Ablauf der Gewährleistungsfrist zu zahlen. Bürgschaften sind auf erste Anforderung entsprechend Formblatt EFB-Sich 3 vorzulegen

Wesentlich wird hier nicht die 30% Vorauszahlung, sondern die Frage, wann danach die nächste Zahlung fließt. Dadurch, dass nach der Vorauszahlung erst wieder nach Lieferung gezahlt wird, kann auch die Vorauszahlung frühestens dann mit fälligen Werklohnforderungen verrechnet und die Vorauszahlungsbürgschaft erst dann zurückgegeben werden. Gemessen an § 632a BGB überstieg der Wert der erbrachten Leistung diese 30% Vorauszahlung schon deutlich früher als die nächstfällige Zahlungsrate (60%). D.h. in dem Zeitraum, in dem der Wert der Werkleistung gem. § 632a BGB den Betrag der Vorauszahlung übersteigt, fungiert die Bürgschaft gar nicht mehr zu Absicherung einer Überzahlung wegen Vorauszahlung dienen, sondern bedient Erfüllungsinteressen. Die stellt insoweit eine Vertragserfüllungsbürgschaft dar, die formularmäßig unwirksam ist¹²³⁵.

Für die Verhandlung ist also darauf zu achten, dass eine Vorauszahlung mit zugehöriger Sicherheit mit dem Wertzuwachs gem. § 632a BGB verkoppelt wird und Verrechnung mit nächstfälligen Zahlungen direkt nach Aufzehrung der Vorauszahlung durch Wertzuwachs erfolgt.

4.6.2.3 Akzessorietät, Bedingung, Befristung

§ 767 BGB verknüpft den Umfang der Sicherung mit dem Bestand der Hauptforderung (Akzessorietät). Die Sicherheit ist in Entstehung, Bestand und Durchsetzbarkeit von der Hauptverpflichtung abhängig¹²³⁶ (Akzessorietät).

§ 767 III BGB begrenzt diese dynamische¹²³⁷ Abhängigkeit, indem bestimmt wird, dass durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert wird.

Wie jeder Vertrag darf auch die Bürgschaft aufschiebend oder auflösend bedingt sein¹²³⁸, und ihre Wirksamkeit kann – unabhängig vom der Hauptschuld – durch Beginn und Endtermin (hierfür: § 777 BGB) geregelt werden¹²³⁹. Dies kann und wird regelmäßig schon in der Sicherungsabrede als notwendiger Inhalt einer abredekonform zu stellenden Sicherheit vorweggenommen.

¹²³⁵ OLG Düsseldorf BauR 2004, 1319

¹²³⁶ Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, Vorbemerkung vor §§ 765 ff BGB, Rn. 10

¹²³⁷ MüKoBGB/Habersack, 8. Aufl. 2020, BGB § 765 Rn. 64

¹²³⁸ BGH NJW 1987, 1631, MüKoBGB/Habersack, 8. Aufl. 2020, BGB § 765 Rn. 48

¹²³⁹ MüKoBGB/Habersack, 8. Aufl. 2020, BGB § 765 Rn. 49

Nicht verwechselt werden darf diese Befristung mit der gegenständlichen Eingrenzung der Bürgenhaftung auf Ansprüche aus einem bestimmten Zeitraum¹²⁴⁰. Aber auch diese Konstellation kann in der Sicherungsabrede festgelegt werden.

Eng verwandt mit dieser zeitlichen Frage an die Bürgschaft ist eine Verjährungsproblematik, die in der Praxis oft übersehen wird: Der BGH hatte in einer Entscheidung die Frage beantwortet, wann die Verjährung des Anspruchs aus der Bürgschaft (hier: im Falle der Gewährleistungsbürgschaft) beginnt¹²⁴¹.

Dabei wurde klargestellt, dass die Verjährung nicht erst mit Inanspruchnahme der Bürgschaft erfolgt¹²⁴². Vielmehr kommt es darauf an, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des besicherten Anspruchs (hier: § 637 BGB, 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B) gegeben sind und damit die Möglichkeit der Inanspruchnahme besteht¹²⁴³, also mit Fälligkeit der Hauptschuld¹²⁴⁴. Die Verjährung der Bürgschaft erfolgt selbständig¹²⁴⁵. Die Hemmung der Hauptschuld führt nicht zur Hemmung der Bürgenschuld¹²⁴⁶.

Dies hat für den Gläubiger aus Hauptforderung und Sicherung den Nachteil, dass die Verjährung des besicherten Hauptanspruchs nach § 634a BGB und die Verjährung der Bürgschaftsforderung nach § 195 BGB zu unterschiedlichen Zeitpunkten eintritt¹²⁴⁷. Dem kann durch Vorgaben der Sicherungsabrede entgegengewirkt werden.

4.6.2.4 Kumulierung von Sicherheiten

Wurden bislang nur die einzelnen Sicherheiten betrachtet, darf doch die Kumulierung von Sicherheiten nicht unerwähnt bleiben. Ist jede einzelne Sicherheit für sich genommen akzeptabel, kann aus ihrer Kumulierung in der AGB doch die Unwirksamkeit folgen:

Rechnungsstellung und Zahlung

Abschlagszahlungen werden in Höhe von 90 % geleistet.

5Sicherheitsleistung

Der Auftragnehmer übergibt kostenlos dem Auftraggeber Sicherheiten in folgender Höhe: Vertragserfüllungsbürgschaft: 10,00 %, Gewährleistungsbürgschaft: 5,00 %

Hier kumulieren sich im Bereich der Erfüllungssicherheit 10% Bareinbehalt und zusätzlich eine Vertragserfüllungsbürgschaft von 10%. Dies überschreitet durch

¹²⁴⁰ MüKoBGB/Habersack, 8. Aufl. 2020, BGB § 777 Rn. 4

¹²⁴¹ BGH NJW 2013, 1228

¹²⁴² BGH NJW 2013, 1228, 1229 Rn. 15

¹²⁴³ BGH NJW 2013, 1228, 1229 Rn. 18

¹²⁴⁴ Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, Vorbemerkung vor §§ 765 ff BGB, Rn. 36

¹²⁴⁵ OLG Stuttgart NZBau 2010, 761, Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, Vorbemerkung vor §§ 765 ff BGB, Rn. 36, BGH NJW 2008, 1739; BGH NJW 2013, 1228.

¹²⁴⁶ Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, Vorbemerkung vor §§ 765 ff BGB, Rn. 36

¹²⁴⁷ Anmerkung Thode zu BGH NJW 2013, 1228, 1233

Kumulierung die angemessene Schwelle von insgesamt 10% und führt zur Übersicherung¹²⁴⁸.

Zu beachten ist auch die Kumulierung durch eine Ausweitung des Sicherungszwecks. So hatte der BGH bspw. über einen Fall zu entscheiden, in dem eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 5 % und eine Gewährleistungsbürgschaft in Höhe von 2 % zu stellen war. Zur Unwirksamkeit führte folgende Passage in der Sicherungsabrede bezogen auf die Vertragserfüllungsbürgschaft:

Die Sicherheit für Vertragserfüllung erstreckt sich auf die Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen aus dem Vertrag, insbesondere für die vertragsgemäße Ausführung der Leistung einschließlich Abrechnung, Gewährleistung und Schadensersatz, sowie auf die Erstattung von Überzahlungen einschließlich der Zinsen.

Damit stand die Erfüllungssicherheit von 5 % auch für die Gewährleistung zur Verfügung, in Summe also 7 % Sicherheit für die Gewährleistung. Das war dem BGH zuviel¹²⁴⁹. In einem ähnlichen Fall hatte der BGH eine Kumulierung aus Vertragserfüllungsbürgschaft zur Absicherung sämtlicher Ansprüche (d.h. auch aus Gewährleistung) in Höhe von 10% und einem Bareinbehalt für die Dauer der Gewährleistung über 5 % wegen Übersicherung für unwirksam erachtet¹²⁵⁰.

Man sollte also Sicherungszwecke klar voneinander trennen und dadurch Kumulierung vermeiden.

4.6.2.5 Garantien, URDG 758 „on demand guarantee“

Im Unterschied zur Bürgschaft ist die Garantie nicht akzessorisch¹²⁵¹, d.h. Bestand und Veränderungen der Hauptforderung werden in der Sicherheit nicht nachvollzogen. Im Unterschied zur Bürgschaft will der Garant eine von der gesicherten Schuld unabhängige Verpflichtung¹²⁵² übernehmen, für die er auch dann einsteht, wenn die Hauptverbindlichkeit nie entstanden ist oder später wegfällt¹²⁵³. Vielmehr ist die Garantie ein einseitig verpflichtender Vertrag, in dem sich der Garantiegeber zum Eintritt eines bestimmten Erfolgs oder zur Übernahme der Gefahr eines zukünftigen Schadens verpflichtet¹²⁵⁴. Sie unterliegt nicht den Bürgschaftsregeln¹²⁵⁵.

¹²⁴⁸ BGH NJW 2011, 2125, BGH IBR 2016, 454, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 938a

¹²⁴⁹ BGH IBR 2014, 735

¹²⁵⁰ BGH NJW 2014, 346, Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, 2 Beurteilung einzelner Klauseln, Rn. 938c

¹²⁵¹ MüKoBGB/Habersack, 8. Aufl. 2020, BGB § 765 Rn. 64

¹²⁵² BGH NJW 67, 1020, 1021 aE

¹²⁵³ BGH LM § 765 Nr 1 BI 58; OLG Brandenburg BeckRS 2009, 05887, Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, Vorbemerkung vor §§ 765 ff BGB, Rn. 52

¹²⁵⁴ BGH NJW 96, 2569, 2570; Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, Vorbemerkung vor §§ 765 ff BGB, Rn. 51

¹²⁵⁵ BGH NJW 1967, 1020, 2021, Prütting/Wegen/Weinreich a.a.O

Aus Sicht des Unternehmers fehlen damit die Schutzeinrichtungen der §§ 768, 770, 771 BGB und die Akzessorietät § 767 BGB. In der Praxis wird diese Schärfe der Garantie häufig (gerne auch international) mit dem Erfordernis „auf erstes Anfordern“ verknüpft¹²⁵⁶. Besondere Bedeutung, weil neben dem Rückforderungsprozess aus Werkvertrag einziges Verteidigungsmittel, kommt dem Grundsatz der Garantie- und Dokumentenstrenge¹²⁵⁷ zu: Die die Zahlungspflicht auslösende Inanspruchnahme der Garantie muss die in der Sicherungsabrede vorgeschriebene Form, Sprache und Formulierung genau erfüllen¹²⁵⁸.

Letztlich sollte man sich in der Verhandlung vorrangig von den Überlegungen leiten lassen, die auch für die Bürgschaft gelten.

Nichts anderes gilt für „on demand guarantees“. Es sind allgemeine Geschäftsbedingungen¹²⁵⁹, herausgegeben von der International Chamber of Commerce (ICC)¹²⁶⁰, die als „ICC Uniform Rules for Demand Guarantees“ in der aktuellen Fassung mit Nr. 758 (kurz URDG 758) zur Anwendung gelangen können.

Ein wichtiger Punkt darin ist Art. 15, der die Inanspruchnahme regelt:

A demand under the guarantee shall be supported by such other documents as the guarantee specifies, and in any event by a statement by the beneficiary, indicating in what respect the applicant is in breach of its obligations under the underlying relationship. This statement may be in the demand or in a separate signed document accompanying or identifying the demand.

Damit ist klar, dass man sich der Inanspruchnahme einer solchen on-demand-guarantee nur erwehren kann, wenn bereits in der guarantee die Dokumente vereinbart sind, deren zukünftige Vorlage die Inanspruchnahme begründet bzw. deren Nicht-Vorlage sie unterbindet. Das ist im werkvertraglichen Kontext in der Prognosesituation der Sicherungsabrede kaum möglich. Soweit solche Dokumente nicht vereinbart sind oder der Schuldner der Hauptpflicht auf diese Dokumente keinen Einfluß hat, ergibt sich für ihn aus den Regeln des URDG 758 nichts anderes als eine Garantie auf erstes Anfordern.

4.6.2.6 Patronatserklärungen

In der Praxis häufig anzutreffen sind auch Patronatserklärungen. Für diese gibt es kein ausdrückliches gesetzliches Äquivalent; sie sind letztlich aus dem Prinzip der Vertragsfreiheit entstanden; der BGH ordnet die Patronatserklärung als

¹²⁵⁶ Ausführlich: MüKo-Habersack, vor § 765 BGB Rn. 29-38

¹²⁵⁷ MüKo-Habersack, vor § 765 BGB Rn. 32

¹²⁵⁸ MüKo-Habersack, vor § 765 BGB Rn. 32

¹²⁵⁹ von Westphalen, BB 2022, 579 ff: Ausgewählte Fragen zu den "Uniform Rules for Demand Guarantees 758" der ICC unter der Lupe des AGB-Rechts"

¹²⁶⁰ <https://www.iccgermany.de/standards-incoterms/handels-und-exportfinanzierung/urdg-758-bank-garantien/>

Vertrag sui generis ein¹²⁶¹. Sie wird aufgrund ihrer Vielgestaltigkeit bisweilen als schillernd bezeichnet¹²⁶².

Im Grundprinzip verspricht in einer Patronatserklärung der Patron, regelmäßig mit dem Schuldner/Protégé einer Forderung rechtlich verbunden (oft die Muttergesellschaft eines Unternehmens), gegenüber dem Gläubiger dieses Protégés eine Verbesserung im Hinblick auf die Vertragserfüllung durch den Schuldner¹²⁶³.

Die Verbesserung kann unterschiedlich „hart“ ausfallen: von einer unbedingten, einen Rechtsanspruch des Gläubigers gegen den Patron begründenden Einstandspflicht (sog. „Harte Patronatserklärung“) bis zur nicht rechtsgeschäftlich verbindenden reinen Absichts- bzw. unverbindlichen Good-Will-Erklärung¹²⁶⁴. Dazwischen gibt es alle graduellen Abstufungen nach Inhalt und Grad der Verbindlichkeit.

Letztlich ist es also den Parteien überlassen, die für sie passende Ausgestaltung im Vertrag zu definieren.

Jedenfalls sollte aber klar sein:

- Es sollte ein Bezug zu einem konkreten Vertragsverhältnis und zu konkreten Ansprüchen hergestellt werden.
- Die Patronatserklärung ist in ihrer inhaltlichen Ausgestaltung sehr flexibel¹²⁶⁵ und muss daher sorgfältig formuliert werden.
- Gläubiger und Leistungsempfänger sind nicht identisch¹²⁶⁶.
- Grundsätzlich gelten die Bestimmungen der §§ 765ff, 401ff BGB entsprechend, also auch Bestimmtheit der besicherten Forderung(en), Befristung und/oder Kündigung sind möglich¹²⁶⁷. Die Akzessorietät besteht zwar grundsätzlich¹²⁶⁸, d.h. eine Hauptschuld muss bestehen, aber auf dieser Grundlage entwickelt sich eine vom Hauptvertrag losgelöste, uneingeschränkte Einstandspflicht des Patrons¹²⁶⁹, im Falle der externen Patronatserklärung auch gleichrangig neben dem Schuldner¹²⁷⁰.

¹²⁶¹ BGH NZG 2010, Seite 1267 Rn. 17, 18; Raeschke-Kessler, Christopheit: Die harte Patronatserklärung als befristetes Sanierungsmittel, NZG 2010, 1361

¹²⁶² BeckOK BGB/Rohe, 66. Ed. 1.5.2023, BGB § 414 Rn. 57

¹²⁶³ Fingerhut, Vertrags- und Formularbuch, 13. Auflage 2021, § 14 Bürgschaft, Garantie, Patronatserklärung, Rn. 10 und 14, MüKo-Habersack, vor § 765 BGB Rn. 51, Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, Vorbemerkung vor §§ 765 ff BGB, Rn. 56

¹²⁶⁴ MüKo-Habersack, vor § 765 BGB Rn. 51, BGH NJW 2021, 3046 Rn. 75, BGH NZI 2011, 536 Rn.

¹²⁶⁵ Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, Vorbemerkung vor §§ 765 ff BGB, Rn. 61

¹²⁶⁶ Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, Vorbemerkung vor §§ 765 ff BGB, Rn. 61

¹²⁶⁷ MüKo-Habersack, vor § 765 BGB Rn. 54

¹²⁶⁸ MüKo-Habersack, vor § 765 BGB Rn. 53

¹²⁶⁹ Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, Vorbemerkung vor §§ 765 ff BGB, Rn. 61

¹²⁷⁰ BGHZ 117, 127, 133, Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, Vorbemerkung vor §§ 765 ff BGB, Rn. 61

- Grundsätzlich gelten dagegen nicht: die Form §§ 766 BGB, 350 HGB, die Einrede der Vorausklage §§ 773 BGB; 349 HGB, die Regelungen des Vertrags zu Gunsten Dritter¹²⁷¹.
- Die Verjährung (wird ohnehin nur für die harte Patronatserklärung relevant) beginnt nicht mit Abgabe der Erklärung, sondern mit Entstehung des von der Patronatserklärung gedeckten Anspruchs¹²⁷².
- Im Falle einer Beendigung/Kündigung erstreckt sich der Haftungsumfang des Patrons auf das, was innerhalb der Laufzeit bis zur Beendigung/Kündigung entstanden ist¹²⁷³.

In der Praxis haben sich gängige „Bausteine“ einer Patronatserklärung herausgestellt, die meist in einer harten Patronatserklärung genutzt werden und nachstehend aufgezeigt werden:

- Liquidität und Verlustdeckung:
Der Patron verspricht, den Schuldner mit ausreichender Liquidität auszustatten, um seine Verpflichtung zu erfüllen¹²⁷⁴.

Richtet sich dieses Versprechen gegen den Schuldner (interne Patronatserklärung¹²⁷⁵), zielt dies regelmäßig auf Verhinderung der Insolvenzreife¹²⁷⁶. Richtet sich das Versprechen gegen den Gläubiger (externe Patronatserklärung¹²⁷⁷), zielt dies auf eine einkLAGBare Verpflichtung auf Kapitalausstattung, allerdings wird der Patron damit regelmäßig nicht zur Zahlung an den Gläubiger verpflichtet.

Für den Insolvenzfall liegt dies etwas anders:

In der Lehre ist zwar streitig, ob die Ausstattungspflicht auch in der Insolvenz besteht¹²⁷⁸. Nach der Rechtsprechung wandelt sich die Ausstattungs- in eine Direktzahlungspflicht des Patrons zur Masse des Protégés. Im Übrigen haftet der Patron aus einer externen Patronatserklärung im Falle der Uneinbringlichkeit der gesicherten Forderung auf Schadensersatz¹²⁷⁹.

- Schadensersatz für den Fall der Nichterfüllung durch den Protégé¹²⁸⁰.
- Erfüllung

¹²⁷¹ MüKo-Habersack, vor § 765 BGB Rn. 53 m.w.M in Fn. 226

¹²⁷² OLG Celle NZG 2009, 308, 309, II 6, BeckOK BGB/Rohe, 66. Ed. 1.5.2023, BGB § 414 Rn. 58

¹²⁷³ BGH NJW-RR 2017, 298f, Rn. 9, BGH NJW 2010, 3442 Rn. 19 und 41

¹²⁷⁴ MüKo-Habersack, vor § 765 BGB Rn. 52, Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, Vorbemerkung vor §§ 765 ff BGB, Rn. 56

¹²⁷⁵ MüKo-Habersack, vor § 765 BGB Rn. 51

¹²⁷⁶ MüKo-Habersack, vor § 765 BGB Rn. 52 m.w.N. in Fn. 213

¹²⁷⁷ MüKo-Habersack, vor § 765 BGB Rn. 51

¹²⁷⁸ Zum Streitstand: Prütting / Wegen / Weinreich, BGB - Kommentar, 17. Auflage 2022, Vorbemerkung vor §§ 765 ff BGB, Rn. 59

¹²⁷⁹ BGHZ 117, 127, 130, BGH NJW-RR 2017, 298 Rn. 6.

¹²⁸⁰ BGHZ 117, 127, 130; BGH NJW 2010, 3442,; BGH NJW-RR 2017, 298; BeckOK BGB/Rohe, 66. Ed. 1.5.2023, BGB § 414 Rn. 58

Inhaltlich ist der Patron frei zu entscheiden, wie er seiner Verpflichtung nachkommen will ¹²⁸¹.

Beispielhaft sei auf Formulierungen aus der Praxis verwiesen:

„... kann nicht nur auf Zahlung, sondern auch auf Erfüllung in Anspruch genommen werden.“

„... umfasst ebenfalls etwaige Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und deliktischer Haftung“¹²⁸²

4.6.2.7 Fazit:

Letztlich empfiehlt es sich im Bereich vertraglich verhandelter Sicherheiten sich das gesetzliche Modell der Bürgschaft vor Augen zu führen und dortigen Elemente des gesetzlichen Äquivalents als eine Check-Liste für die zu verhandelnde und vereinbarende Sicherheit zu verstehen:

- Bestimmtheit
- Eintrittspflicht nur auf Geld oder auch Selbsterfüllung, Begrenzung des Anspruchs?
- Eintrittspflicht wem gegenüber
- Akzessorietät bzw. Unabhängigkeit der Haftung des Sicherungsgebers
- Kündigung und Beendigung, Befristung
- Geltung für welche Ansprüche? Geltung auch für zukünftige, bedingte und/oder nachträglich hinzutretende Ansprüche?
- Dauer der „Nachhaftung“ nach Beendigung der Sicherheit
- Möglichkeit der Einreden und Einwendungen, Anfechtbarkeit, Aufrechenbarkeit
- Nachrangige oder gleichrangige, selbstschuldnerische Verpflichtung von Sicherungsgeber und Schuldner der Hauptleistung
- Verjährung

¹²⁸¹ BGHZ 117, 127 (130); MüKo-Habersack, vor § 765 BGB Rn. 52 m.w.N. in Fn. 214 und 215, Fleischer WM 1999, 666, 667, BeckOK BGB/Rohe, 66. Ed. 1.5.2023, BGB § 414 Rn. 58

¹²⁸² Auszug aus einem Mustertext des Siemens-Konzerns unter der fälschlichen Bezeichnung „Konzernerfüllungsbürgschaft“

5 Schluss: Gestaltungsmöglichkeiten einer Deeskalation im Rahmen der Vertragsfreiheit

Wie schon eingangs gesagt, modellieren die Parteien durch den Vertrag auf der Grundlage des gesetzlichen Äquivalents die Szenarien für Eskalation und Deeskalation. Ein guter Vertrag schafft es, absehbare Probleme, die sich üblicherweise in den vorbeschriebenen Eskalationsfeldern festmachen lassen, vorausschauend zu regeln. Dabei sollte man sich nicht nur davon tragen lassen, Probleme durch Regelung zu lösen, sondern auch zu akzeptieren, dass nicht alles vorhersehbar ist und man schon deshalb Rückfallebenen für den zukünftigen Streitfall braucht, d.h. auch den Streit kanalisieren sollte. Man sollte langfristige Interessen über kurzfristige Vorteile stellen.

5.1 Vorbereitung

Eine Verhandlung sollte deshalb gut vorbereitet sein.

- Der eigene Ausgangspunkt und das Ziel müssen klar sein, wobei diese Punkte nach Auffassung des Verfassers nicht rein rechtlich, sondern umfassend zu verstehen sind: geschäftspolitisch, wirtschaftlich, kalkulatorisch, rechtlich, in der Marktposition, evtl. persönlichen Beziehungen, Konkurrenzsituation usw., d.h. letztlich in allem, was eine Entscheidung, eine vertragliche Bindung einzugehen, beeinflussen kann.
- Realistische Einschätzung der Interessen der anderen Partei, deren Ausgangspunkte und Ziele.
- das gesetzliche Äquivalent sollte bekannt sein, insbesondere bei den verhandelnden Personen (dies ist nach Erfahrung des Verfassers häufig genug nicht oder nur teilweise der Fall, oft leider auch getragen von der Überzeugung der Verhandler, es dennoch genau oder noch besser zu wissen)

5.2 Verhandlung

Eine Verhandlungsführung ist ein wesentlicher Schlüssel. Für die Verhandlung empfiehlt sich:

- Die Besetzung der beiden Verhandlungsteams auf Augenhöhe, d.h. jeder Verhandlungspartner einer Partei findet einen Verhandlungspartner der anderen Partei auf Augenhöhe, nach Erfahrung des Verfassers meist der selben Rolle und Hierarchieebene vor. Dennoch sollte der Teilnehmerkreis nur so groß wie unbedingt nötig sein.
- Die Verhandlung selbst sollte transparent sein, sich von der Gleichbehandlung leiten lassen und partnerschaftlich geführt werden
- Aussagen in der Verhandlung sollten von vornherein aufrichtig und verlässlich sein
- Die Verhandlung sollte sorgfältig und umfassend dokumentiert und protokolliert werden

Maximalistische Methoden sind zu vermeiden. Nach Erfahrungen des Verfassers verlagern sie lediglich kurzfristige Besserstellungen in der Verhandlung als Streitstoff in den späteren Projektablauf.

Zu bevorzugen sind sachbezogene, faire Verhandlungsstrategien, sie zwingen in der Verhandlung zwar zu einem Mehraufwand, ersparen aber späteren und noch deutlich aufwändigeren Streit in der Durchführung.

Für eine Verhandlung empfiehlt es sich außerdem, sich die Argumente der deutschen Rechtsprechung vor Augen zu führen, mit denen im deutschen Recht die AGB-widrigkeit begründet wird und diese für seine Verhandlung nutzbar zu machen.

5.3 Inhalte

5.3.1 Übergeordnete Ziele

Generell sollte man sich schon in Vorbereitung einer Verhandlung über die nachstehende Punkte für sich klar geworden sein und in den Vertrag einführen:

- transparente Zuordnung und Regelung von Risiken
- vollständige Regelung für alle Rechte und Pflichten , wobei dieser Zustand wegen fehlender Vorhersehbarkeit alles und jeden zukünftigen Streitstoffs tatsächlich zwar anzustreben, aber nie zu erreichen ist. Tatsächlich kann es nur zum projektspezifisch zu bestimmenden, optimal unvollständigen Vertrag kommen
- Festlegung für die Lösung für voraussichtliche, mögliche Konflikte, der Vertrag ist eines von mehreren Steuerungsinstrumenten für Projektprozesse
- Vorgabe von Spielregeln für das einzelne Bauvorhaben im im Zusammenspiel mit den gesetzlichen Bestimmungen
- Erzwingbarkeit von Rechten einer Partei bei deren Verletzung durch die andere Seite
- Für absehbare Problem sollte ein Lösungsweg durch den Vertrag vorgegeben sein, bestenfalls auch erzwingbar in angemessener Zeit zu angemessenen Kosten
- Präzise Beschreibung von Art und Umfang der vom Unternehmer zu erbringenden Leistung und auch der vertraglichen Risiken. Dies erfordert Trennschärfe: je präziser die Definition, desto genau auch die Möglichkeit zur Abgrenzung zwischen Soll und Nicht-Soll, was wiederum eindeutige Klärung in den Fällen möglicher Leistungsstörungen/-modifikationen ermöglicht.
- Der Vertrag sollte Konfliktlösungsstrategien enthalten.
- Der Vertrag sollte leicht verständlich formuliert sein, um auch nicht-juristischen Vertragsanwendern, Technikern und Kaufleuten und sonstigen Projektbeteiligten, den Zugang zu erleichtern.
- Der Vertrag sollte fachlich korrekt und widerspruchsfrei verfasst sein, sowohl im juristischen, wie auch im technischen Sinne.
- Der Vertrag sollte ein gemeinsames Verständnis vollständig formulieren, und dieses auch schriftlich niederlegen: Es ist sicherzustellen, dass die tatsächliche Vertragslage, aber nicht deren subjektiv wahrgenommene, gefühlte Realität zur Ausführung kommt. Interkulturellen Divergenzen ist Rechnung zu tragen.

5.3.2 Regelungen zur Streitkanalisierung

5.3.2.1 Die Streitebene

Wie oben herausgearbeitet, sind der Weg zum ordentlichen Gericht wie aber auch zum Schiedsgericht die gängigen und tauglichsten. Die Wahl treffen die Parteien durch den Vertrag. Dazu sollten sie in jedem Fall

- den Erfüllungsort vereinbaren,
- ihn auch für den Fall der Nachbesserung vereinbaren
- entweder einen Gerichtsstand oder ein Schiedsgericht vereinbaren. Sofern man ein Schiedsgericht vereinbart, sollte man die in der Regel online verfügbaren Schiedsgerichtsklauseln der jeweiligen Schiedsgerichtsbarkeit wortwörtlich nutzen

Ob der Weg zu Gericht oder Schiedsgericht führt, sollte man von folgenden Überlegungen abhängig machen:

- welche Vollstreckungsmöglichkeiten und -chancen hätte man mit einem gewonnenen Titel?
- welcher (Schieds-)Gerichtsstand erscheint dafür vorzugswürdig?
- wie technik-affin sind Erstinstanz bzw. Zweitinstanz bzw. der Spruchkörper des Schiedsgerichts?
- (bei Gerichten) hat die zugehörige Zweitinstanz eine ausgewiesenes baurechtliches Profil, das auf die Untergerichte abstrahlt?
- hat die mögliche Erstinstanz eine bekannte baurechtliche Kompetenz und ist diese eher (sofern die Erstinstanz ein Landgericht ist) bei einer allgemeinen Kammer oder der Kammer für Handelssachen angesiedelt, bzw. hat das Schiedsgericht ein entsprechendes, ggf. durch die Wahl der Schiedsrichter (siehe die jeweilige Schiedsrichterliste der Schiedsgerichtsinstitution), zu förderndes baurechtliches Profil?
- ist das Schiedsgericht oder Gericht einer Partei "geneigt"?
- Einheitliches Forum für möglichst alle Beteiligten herstellen.
- kann man den Gerichtsstand durch Wahl § 38 ZPO oder Wahl des Erfüllungsorts bzw. durch die Wahl der Örtlichkeit des Schiedsgerichts (Reisekosten, Reiseaufwand, Kosten der Rechtsvertretung am Ort usw.) für sich positiv beeinflussen?
- welches Schiedsgericht hat ein ggf. erforderliches Standing (ICC, SCC, ASA, AAA, VIAC, DIS usw.)?

5.3.2.2 Vorgelagerte Prozeduren

5.3.2.2.1 BIM

Wie oben schon gesagt, macht es Sinn, schon in der Phase der Projektentwicklung das Projekt tief mit einem solchen Modell zu durchdringen um technische Klarheit und Klarheit der Abläufe und Kollisionslagen in einer Gesamtschau zu erhalten.

5.3.2.2.2 Vorgelagerte Streitmoderation

Es scheint im Interesse einer zügigen und projektnahen Klärung geboten, auch ein der (schieds-)gerichtlichen Auseinandersetzung vorgelagertes Verfahren im Vertrag vorzusehen. Als Einleitungsvoraussetzung sollte man sich auf einen Streit/Dispute zu beziehen und diesen sehr weit, im Sinne unterschiedlicher Auffassungen zu definieren, um einer Lücke entgegenzuwirken, in der Regel liegt vorab eine Nichtbefassung oder Zurückweisung eines Anspruchs vor.

Für die weiteren Stufen empfiehlt es sich,

- klar deren jeweilige Eingangsvoraussetzungen zu definieren,
- wenn der Vertrag das vorherige Durchlaufen des Stufenverfahrens als Klagevoraussetzung definiert, muss sichergestellt sein, dass auch alle für im Rahmen des Projekts entstehenden Streitigkeiten dieses Stufenverfahren eingeleitet werden kann, ansonsten würde eine Ausklammerung klageverhindernd wirken.
- nicht zuletzt aus Gründen der Beweisbarkeit die jeweilige Stufe durch einen formalen Akt einzuleiten
- dieser formale Akt sollte einseitig herbeiführbar sein, um mögliche Obstruktionen durch die gegnerische Partei auszuschließen
- eine qualifizierte Einlassung muss allen streitinvolverten Parteien möglich sein
- es sollten -orientiert am Bestreben zügiger Klärung, das letztlich alle Vertragsparteien für den zukünftigen, bei Vertragsschluss noch allgemeinen und unbestimmten Streitfall im Projekt haben -Zeitlimits geschaffen werden, die straff, aber nicht unmöglich sind
 - o für die maximale Zeit zwischen einer Stufe und der folgenden Stufe
 - o für die minimale und die maximale Zeit innerhalb einer und für diese Stufe: die minimale Zeit soll die geordnete Einlassung ermöglichen, die maximale der Obstruktion dieser Stufe entgegenwirken
 - o die Gesamtdauer zwischen Entstehung des streitgegenständlichen Anspruchs und finalem Abschluß der letzten Stufe des Stufenverfahrens sollte bei der Vereinbarung der einzelnen Zeitlimits beachtet werden.
- Es sollten Regelungen für den Fall der Nichtwahrung einer Form oder Frist aufgenommen werden
- eine am Ende der letzten Stufe des Stufenverfahrens getroffene Entscheidung sollte zur einer bindenden Situation führen, sofern sich die Parteien ausdrücklich einigen oder eine Partei es unterlässt, nach Ablauf einer Frist eine weitere Stufe einzuleiten. Ansonsten sollten mit Blick auf das Projekt bis dahin bspw. durch ein DAAB getroffene Entscheidungen als vorläufig verbindliche Interimsentscheidungen bis zu einer abschließenden, bindenden Entscheidung Bestand haben, um Schwebezustände zu vermeiden und den weiteren Projektablauf nicht zu behindern.

5.3.2.3 Kostenerstattungsansprüche

Der Vertrag kann materiell-rechtliche Kostenerstattungsansprüche in der Wirkweise einer part 36 offer / Calderbank offer vorsehen.

5.3.3 Leistungsbestimmungsrechte

Hierauf sollte man größte Sorgfalt verwenden und sich stets vor Augen führen:

- Wie klar sind die Voraussetzungen für die Ausübung des Rechts geregelt
- Wie klar sind die Rechtsfolgen der Ausübung des Rechts geregelt (technisch, wirtschaftlich, zeitlich).
- Wie fügt sich die Ausübung technisch und zeitlich in den übrigen Projektablauf ein, welche Konsequenzen (auch wirtschaftlich) hat die Wechselwirkung mit dem laufenden Projekt, Stillstand, Verzögerungen oder Rückbau infolge der Ausübung sollten vermieden werden
- Welche Risiken gehen damit einher (technisch, wirtschaftlich, zeitlich)
- Wem nutzt die Regelung:
der erstrebte Vorteil sollte auch in Ansehung des gesetzlichen Äquivalents bewertet werden, einseitig nützliche Verschiebungen gegenüber dem gesetzlichen Äquivalent können Argumentationshilfen sein

Es ist zumindest bedenkenswert, an dieser Stelle Schiedsgutachter einzusetzen. Ein Muss ist es aber nicht, denn das selbständige Beweisverfahren §§ 485ff ZPO steht ebenfalls zur Verfügung.

Dagegen erscheint es kritisch und im Sinne einer Deeskalation nicht förderlich, eine Seite eine streitentscheidende Leistungsbestimmung vornehmen zu lassen. Auch das Modell des Engineers taugt dafür nicht.

5.3.4 Einflussnahme auf den Bestand eines Rechts

Den Bestand eines Rechts an weitergehende Anforderungen zu knüpfen, als das gesetzliche Äquivalent vorsieht, empfiehlt sich letztlich nicht. Formvorschriften, die lediglich Beweis Zwecke erfüllen, und nicht zum Rechtsverlust im Verstoßfall führen machen jedoch Sinn. Fristenregelungen (Ausschluß, Verfall, Verfristung, Verjährung, Verzicht usw.) sollten nicht zum Anspruchsverlust vor Eintritt der gesetzlich vorgesehenen Verjährung führen. Man sollten sich vertraglich zu keiner Zeit von Umständen abhängig machen, die außerhalb der eigenen Beeinflussungsmöglichkeit liegen.

Für die Voraussetzungen von Zahlungsansprüchen sollte man sich eng am gesetzlichen Äquivalent halten und der vertraglichen Zahlungs- und Liquiditätsverlauf eng an dem widerspiegeln, der sich unter Anwendung von §§ 632a, 641 BGB ergäbe

5.3.5 Eskalationsfeld Leistung-Leistungsumfang-Kompensation

Für die Überführung des gesetzlichen in das vertragliche Äquivalent kann es (nicht nur) in diesem Eskalationsfeld keinen Königsweg geben:

Immerhin kann man nur raten, sorgfältigst das Bausoll trennscharf zu definieren und auch das Leistungsbestimmungsrecht, wie es im Vertrag angelegt ist, späterhin zu akzeptieren. Der Vertrag ist der richtige Platz es zu regeln. Im Lichte der AGB-Rechtsprechung ist außerdem ein maßvolles Verhalten beiderseits ratsam: man ist erfahrungsgemäß während der Durchführung des Projektes immer mal wieder auf den

Vertragspartner angewiesen. Auch die obige Aussage zur Spieltheorie, die dem Eigennutz das Wort redet, relativiert sich über die Dauer der Abwicklung: Kein Projekt verläuft störungsfrei, die Verursacher sind nie nur die einen.

Es empfiehlt sich, extrem sorgfältig und genau am Bausoll zu arbeiten. Zum einen ist es zunächst ein „neutraler“ Umstand, der einfach nur eine klare Grundlage schafft, auf der eine Kalkulation und Leistungserwartung möglich ist. Er hat noch keinen Geschmack von „Sanktion“ und negativer Auswirkung im Sinne von Nachtrag/Kostentragung, Bauzeitverlängerung/Verzug und dergleichen. Er erspart späteren Konfliktstoff.

Dabei erweist es sich in der Praxis als empfehlenswert, die Planung frühzeitig, möglichst schon zu Vertragsschluß abgeschlossen zu haben. Die Möglichkeit nachgereicher Planung, wie dies bspw. § 3 Abs. 1 VOB/B (Die für die Ausführung nötigen Unterlagen sind dem Auftragnehmer unentgeltlich und rechtzeitig zu übergeben) ermöglicht, ist wenig hilfreich und zu vermeiden.

Es empfiehlt sich weiterhin, die Nutzung funktional definierter Leistungen als Instrument der Ausschreibung zu hinterfragen: das im Detail dem Auftragnehmer überlassene Leistungsbestimmungsrecht und Leistungsermittlungsrisiko wird regelmäßig erkaufte mit dem Verzicht auf Mitwirkung in der Ermittlung des Bausolls. Ebenso muss man in Kauf nehmen, dass gerade in komplexeren Bauprojekten der mit dem Leistungsbestimmungsrecht und -risiko belegte Auftragnehmer dies nur mit Blick auf seinen Vertrag ausübt. Technische und terminliche Schnittstellen zu anderen Gewerken bleiben dagegen, soweit nicht ausdrücklich im Vertrag erfasst, außen vor.

Insgesamt spricht das Interesse frühzeitiger Klärung jedenfalls dafür, ein BIM-Modell oder eine vergleichbare klärende, kommunikative und frühzeitig detaillierende Planung ermöglichende Methode einzusetzen.

5.3.6 Eskalationsfeld Leistung-Modifikation-Kompensation

Auch hier wird es keinen Königsweg geben können.

Man wird in der Herstellung des Vertragsäquivalents sicherstellen müssen, dass die Parteien bei Leistungsmodifikationen regelmäßig miteinander auf der Grundlage eines klar definierten Bausolls der Leistungsmodifikation und einer klaren Vorstellung über die wirtschaftlichen und zeitlichen Folgen zunächst miteinander reden, bevor eine Seite im Scheiternsfall eine Anordnung treffen kann, die dann die vertraglich geregelte automatische Folge einer angemessenen Bauzeit- und Vergütungsanpassung bewirkt. begrenzt durch eine Abwägung der beiderseitigen Interessen und der Zumutbarkeit für jede Partei.

Das Äquivalent zwischen Leistung und Gegenleistung muss auch für die Leistungsmodifikation gewahrt bleiben und durch Kompensation hergestellt werden.

Es sollte zu keiner Blockadesituation im Projekt kommen.

Umgekehrt ist es aus Unternehmersicht problematisch, wenn aus dem Zwang der einseitigen Festlegung für ihn die unausweichliche Pflicht zur Ausführung erfolgt und damit einhergehend, das Abwicklungs-, Zeit- und Kostenrisiko.

Je stärker der Grad der Verpflichtung zur Ausführung ist, desto stärker sollte auch der Grad der Verpflichtung zur Bezahlung und zur vertraglichen Vorgabe einer Berechnung (bspw. entsprechend § 650c BGB) sein. Ein Zwang zur Ausführung sollte nach Meinung des Verfassers auch den Zwang zur Bezahlung nach einem im Vertrag bereits klar festgelegten Preis (bspw. nach den Preisen der für die nicht-modifizierte Leistung, nach den Selbstkosten plus vereinbarten Zuschlag) zur Folge haben

Dies alles ist stets zu begrenzen durch eine Abwägung der beiderseitigen Interessen und der Zumutbarkeit für jede Partei.

5.3.7 Eskalationsfeld Zeit-Verzug-Kompensation

In diesem Eskalationsfeld empfiehlt es sich, sich eng an das gesetzliche Äquivalent zu halten und sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen als auch der Beweislastverteilung nichts zu ändern. Prüfen sollte man in der Verhandlung immer folgende Punkte:

- Ist die geschuldete Leistung klar und abgrenzbar definiert? Sind die Mitwirkungshandlungen klar und abgrenzbar definiert? Sind sie klar und eindeutig terminiert? Welche zeitlichen Puffer bestehen? Wem stehen die Pufferzeiten zu, wenn sie nicht gebraucht werden?
- werden einer Partei Risiken aufgebürdet, die in ihrer Entstehung sowie ihrer Entwicklung gänzlich außerhalb seines Bereiches liegen und die sie nicht steuern kann? Ein gutes Indiz dafür ist, wenn vertragliche Pflichten aus einem Zustand, aber nicht aus Verursachung und Vertreten-müssen abgeleitet werden, denn ein Zustand (wie bspw. Terminüberschreitung) kann auch ohne Verursachung oder Vertreten-müssen bestehen.
- kann eine Partei ihr Risiko und Art und Umfang ihrer Risiko- und Gefahrtragung bei der Angebotsabgabe abschätzen und kalkulieren?
- erlaubt eine Regelung einer Partei eine einseitige Vertragsänderungen ohne eine (teilweise) Änderung der Leistung, die der anderen Partei zusteht? Welche Voraussetzungen sieht der Vertrag vor? Wie klar sind diese beschrieben? Wie
- führt eine Regelung zu einer Haftungsfreizeichnung von Folgen eigenen Vertreten-müssens, Fahrlässigkeit, grober Fahrlässigkeit oder eigenen Vorsatzes bei der Ausschreibung oder Ausführung ?
- Bleiben die Hauptleistungspflichten und die sich daraus ableitenden Ansprüche unangetastet?
- Findet sich in den Regelungen ein Korrektiv der Zumutbarkeit bzw. des billigen Ermessens?
- Bewirkt eine Regelung ein Recht einer Partei, nach Vertragsschluß in den Bauablauf ändernd einzugreifen? Was ist die Kompensation dafür in Zeit und in Geld?
- Bewirkt eine Regelung die Möglichkeit, sich selbst oder einen Dritten anstelle der an sich verpflichteten Partei für die Ausführung der Pflicht einzusetzen? Was sind die Folgen für das zeitliche, wirtschaftliche und technische Risiko bzw. die Gefahrtragung und Haftung?
- Kann ein zeitliches Eingriffsrecht zur einer Pflicht zur Beschleunigung führen? Gilt dies auch in den Fällen, in denen der zur Beschleunigung verpflichtete für die

Ursache nicht verantwortlich ist? Welche Kompensation in Zeit und Geld ist dafür vorgesehen?

- Ändert sich durch eine Regelung die gesetzliche Beweislast? Findet eine Beweislastumkehr statt? Ist gar für eine Verantwortung, Haftung oder vertragliche Pflicht gar kein Nachweis der Verursachung durch den verantwortlich oder haftbar gemachten Pflichtigen erforderlich?
- Welche Form- und Fristenfordernisse werden gestellt? Welche Wirkung tritt bei Nichterfüllung dieser Erfordernisse ein (bspw. Anspruchsverlust, Schadenersatz)? Unterscheiden Regelungen zwischen Form- und Fristenfordernissen bei eigenen Ansprüchen gegen den Vertragspartner einerseits („Angriffserfordernisse“) und solchen bei Ansprüchen der anderen Partei gegen die mit den Erfordernissen belegte Partei („Abwehrerfordernisse“)? Welchen Einfluss hat Offenkundigkeit auf solche Erfordernisse?
- Sind die inhaltlichen Anforderungen einer Regelung klar und abgrenzbar formuliert und verlangen sie nichts Unzumutbares, Unmögliches oder außerhalb der Einwirkungsmöglichkeiten der verpflichteten Partei? Wahrt die Regelung das Verursacherprinzip oder überwälzt sie das Risiko für fremde, nicht beeinflussbare Verursachung oder Verursachung durch höhere Gewalt auf den Auftragnehmer? Ist eine Verursachung des Haftenden überhaupt nicht notwendig für dessen Einstandspflicht?
- Wie formal sind die zeitlichen Verfahren gestaltet, wie engmaschig sind sie? Wie wirken sie auf die Dispositionshoheit?
- Welche zeitlichen Verläufe zwischen entstehen einer Ursache, die Anlass zur Modifikation gibt und deren verbindlicher Klärung? Sind für alle Schritte dieser Verläufe Fristen und Formen vorgesehen? Von wem und von welchen Kriterien hängt diese Klärung ab? Soweit Fristen fehlen, sollte man diese ergänzen, soweit starre Fristen vorgesehen sind, sollten diese weder zu lang sein, um eine alsbaldige Klärung zu ermöglichen, noch zu kurz, um nicht an Grenzen der Realisierbarkeit des unter Frist Verlangten zu stoßen.
- Es ist zu vermeiden, das durch §§ 644, 645 BGB geschaffene Äquivalent noch weiter auszudehnen.
- Erlaubt die Regelung die Inanspruchnahme auch ohne den Nachweis der Verursachung durch den Geschädigten? Führt sie zu einer verschuldensunabhängigen Haftung?
- Erlaubt die Regelung einer Partei eine einseitige Vertragsänderungen ohne eine (teilweise) Änderung der Gegenleistung?
- Würde die durch die Regelung belastete Partei zu überobligatorischen Leistungen verpflichtet sein?
- Führt eine Regelung zur gänzlichen oder teilweisen Freizeichnung? Wie verhält es sich bei sog. Kardinalpflichten?
- Es ist zu vermeiden, die gesetzliche Beweislast ganz oder teilweise umzukehren

Es ist empfehlenswert, in den Vertrag überhaupt eine Regelung zur Zeitfortschreibung aufzunehmen, d.h. nicht nur festzulegen, unter welchen Voraussetzungen sie stattfindet, sondern auch, wie sie zu berechnen ist. Die Fälle der Sowiesso-Zeit sollten dabei mitumfasst werden.

5.3.8 Eskalationsfeld Leistungsstörung-Kompensation

Auch in diesem Eskalationsfeld empfiehlt es sich, sich über folgendes klar zu sein und es entsprechend zu verhandeln:

- Ist eine entsprechende Regelung hinsichtlich Voraussetzungen und Reichweite klar und eindeutig formuliert, d.h. transparent?
- Ist eine Rechtsfolge letztlich in das Belieben der zur Ausübung berechtigten Partei gestellt?
- Werden durch eine Regelung gesetzliche Ansprüche oder die Rechtsfolgen daraus verkürzt oder ausgeschlossen? Wer ist Verursacher? Welche Rechtsfolge, welche Beweislast trifft ihn? Besteht die Möglichkeit der Enthaltung für den Fall des Nicht-vertreten-müssens?
- Die Verjährung darf nicht vollständig ausgeschlossen sein.
- Eine Verlängerung für die Gewährleistung auf unbestimmte Zeit oder eine Zeit jenseits der gesetzlichen Gewährleistungsfrist ist (wegen § 202 BGB auch als Individualvereinbarung) nicht möglich.
- Geringfügige Verlängerungen der Verjährungsfrist sind möglich, allerdings nicht, wenn die Verlängerung an einen vom Unternehmer nicht beeinflussbaren Umstand wie bspw. der Abnahme des Bauherren gegen den Besteller des Unternehmers knüpft, eine Verdopplung der gesetzlichen Verjährungsfrist ist unangemessen.
- Fristverkürzungen sind bedenklich, ausgenommen jedoch § 13 Abs. 4 VOB/B, sofern die VOB/B im Ganzen vereinbart ist § 310 BGB; selbst eine Verkürzung für Verschleißteile ist nicht akzeptabel.
- Die Hemmung durch Mangelrüge erscheint möglich.
- Ob Mängelbeseitigungsmaßnahmen oder -versuche zur Hemmung oder zum Neubeginn führen sollen, muss davon abhängen, ob der Beseitigende im Bewußtsein handelt, zur Mängelbeseitigung verpflichtet zu sein, und nicht nur aus Kulanz oder zur gütlichen Beilegung eines Streits tätig zu werden. Dies orientiert sich u.a. an Art, Umfang und Kosten der Maßnahme.
- Der Beginn der Verjährung, d.h. die Abnahme, und die daran geknüpften Wirkungen dürfen nicht ohne sachlichen Grund nach hinten geschoben werden, allenfalls eine kurze Verschiebung von bis zu 24 Arbeitstagen erscheint akzeptabel
- Ebenso darf der Beginn der Verjährung/Abnahme nicht von der Mangelfreiheit abhängen, denn das Leitbild des § 640 BGB lässt es genügen, dass keine wesentlichen Mängel mehr vorliegen, ebenso darf die Abnahme und damit der Verjährungsbeginn nicht von der Erkennbarkeit eines Mangels abhängen.
- Außerdem darf der Beginn der Verjährung nicht von Umständen außerhalb der Beeinflussbarkeit des Unternehmers abhängen wie bspw. einer Gesamtabnahme aller Gewerke am Bauvorhaben, Übergabe vom Generalunternehmer an den Bauherren oder der Inbetriebnahme der Leistung.
- Der Ablauf der Verjährung/Gewährleistung darf auch nicht von weiteren Umständen als dem reinen Zeitablauf abhängen, wie bspw. einer schriftlichen Ablaufanzeige.
- Der Ablauf ist nicht verzichtbar und auch nicht auf unbestimmte Zeit aufschiebbar.
- welche Anforderungen stellt die Regelung an die Ersatzvornahme?
- droht die Ersatzvornahme auch ohne die Möglichkeit, nachbessern zu können?
- welche Kostenfolgen treffen sodann den Auftragnehmer?

- welcher trägt das technische Risiko und die Gefahr der Ersatzvornahme?
- sind die vorgesehnenen Fristen angemessen?
- Sind die Kernelemente von § 280 BGB (Verursachungsprinzip, Verschuldensabhängigkeit, Beweislast § 280 I 2 BGB) gewahrt?
- Führt eine Regelung zum generellen Ausschluß eines Leistungsverweigerungs- oder Zurückbehaltungsrechts¹²⁸³?
- Die Beschränkung eines Leistungsverweigerungs- oder Zurückbehaltungsrechts auf rechtskräftig festgestellte oder anerkannte Forderungen oder anerkannte Mängel ist unzulässig; gleiches gilt für die Beschränkung der Rechte aus §§ 273, 320 BGB.

5.3.9 Sicherheiten

Die beste Sicherheit ist das Geld im Haus. Im Vertrag sollte man also dafür Sorge tragen, das Geld möglichst lange oder so früh wie möglich im Haus zu haben und auch behalten zu dürfen. Dazu sollte man den Liquiditätsverlauf im Vertrag festlegen und sich vom Leitbild der §§ 632a, 641 BGB leiten lassen. Das beinhaltet Regelungen zur Abrechnung und zur Zahlung ebenso wie Regelungen zur Verjährung. Folgende Fragen stellen sich für die Verhandlung:

- Inwieweit weichen die Regelungen vom gesetzlichen Äquivalent ab?
- Welche Anforderungen werden an die Abrechnung und deren Prüfbarkeit gestellt? Bezwecken etwaige Formerfordernisse nur, die erbrachte Leistung transparent zu machen und eine Prüfung der Abrechnung zu erleichtern oder drohen Verlust von berechtigten Ansprüchen bei Nichtbeachtung von Form und/oder Frist, ein Abschneiden gesetzlicher Einwendungen oder die Festschreibung/Bestimmung eines fiktiven Leistungsumfangs mit der Folge nicht unwesentlicher Erhöhung oder Minderung der Vergütung.
- Welche unerledigten Mängel oder Restleistungen wirken abrechnungsverhindernd?
- Wirken Regeln zahlungsverkürzend? Wie klar und eindeutig sind Skonto, Nachlass usw. geregelt?
- Hängt die Fälligkeit von Anforderungen ab, die das Gesetz nicht vorsieht? Sind es Anforderungen, auf die die belastete Partei keinen Einfluß hat?
- Spiegelt ein Zahlungsanspruch ein angemessenes Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung?
- Führt eine Regelung zur Verlängerung oder Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfristen?
- Führt eine Regelung zum Ausschluss von Abtretungs- oder Gegenrechten, insb. Leistungsverweigerungsrechten?

Werden tatsächlich Sicherheiten verlangt, muss deren Stellen ausdrücklich im Vertrag vereinbart sein. Zu überlegen ist:

¹²⁸³ BGH NJW 1985, 319, 320; BGH NZBau 2005, 392, Werner / Pastor, Der Bauprozess, 18. Auflage 2023, IX. Das Zurückbehaltungs- und Leistungsverweigerungsrecht, Rn. 2976

- Wird eine Sicherheit verlangt, die akzessorisch als Bürgschaft oder nicht-akzessorisch als Garantie wirkt?
- Ist sie auf erstes Anfordern ausgestaltet? Welche Anforderungen werden an die Inanspruchnahme und Realisierung gestellt?
- Inwieweit können sich der Hauptschuldner bzw. der Sicherungsgeber einer Inanspruchnahme widersetzen? Welche Einreden und Einwendungen können geltend gemacht werden und in welcher Zeit und Form?
- Wer ist begünstigt aus der Sicherheit?
- Was genau fließt dem Begünstigten zu?
- Wie beeinflusst eine evtl. Insolvenz die Sicherheit, deren Inanspruchnahme und Ausschüttung?
- Bleibt dem Auftragnehmer ein Wahl- und Wechselrecht an unterschiedlichen Formen der Sicherheit?
- Ist eine Barsicherheit verzinslich? Ist sie aus dem Vermögen des Schuldners ausgegliedert und damit insolvenzfest?
- Kumulieren mehrere Sicherheiten und wenn ja, in welcher Höhe?

Es sind also jede Menge Überlegungen anzustellen. Eine Orientierung am gesetzlichen Äquivalent empfiehlt sich bzw. ist an manchen Stellen sogar notwendig.

Die Betrachtung anhand der Eskalationsfelder mag zeigen, dass es nicht darauf ankommt, an einer einzigen Stelle im Vertrag erfolgreich zu sein, sondern mögliche Ansprüche von der Entstehung bis zur Verjährung in allen Stadien zu durchlaufen und ihr Schicksal am Vertrag zu verfolgen. Weiterhin empfiehlt es sich, sich vorbereitend auf die Vertragsverhandlung bspw. anhand vorliegender Vertragsmuster und Bestandteile Störfälle in den Eskalationsfeldern zu betrachten, die Antworten des Mustertextes zu beachten und ggf. zu modifizieren. Ganzheitlich und in Zusammenhängen der Eskalationsfelder zu denken, ist wichtig!

Deeskalation ist anzustreben, Klarheit und fairer Ausgleich beiderseitiger Interessen helfen dabei entscheidend. Vorteile zu Lasten des Vertragspartner zu ziehen, ist meist nicht von großer Nachhaltigkeit.

Am Ende ist das erfolgreiche Projekt nicht dasjenige, was die eigennützigsten Vertragsregelungen enthält, sondern das, das über die gesamte Dauer die Ziele zuverlässig, bestmöglich und schnellstmöglich erreichen lässt. Der langfristige Erfolg zählt. Genau diesen sollte man, wenn man (mit dem Harvard-Modell) entlang der Parteiinteressen verhandelt, auch im Auge haben.

Vor diesem Hintergrund beantworten sich die Forschungsfragen wie folgt:

- **Welche Modelle stellt das deutsche Recht zur Deeskalation zur Verfügung (untergliedert nach prozessualen Wegen und materiell-rechtlichen Wegen, diese wiederum untergliedert in gesetzliche Ausgestaltung und Möglichkeiten der freien, (werk-)vertraglichen Gestaltung)? Welche eignen sich für den Bauvertrag?**

Letztlich gilt es festzustellen, dass es vor allem zwei prozessuale Wege sind, die in Betracht kommen: zum einen die vom Gesetz vorgesehenen Klagearten, zu denen über Vereinbarungen des Gerichtsstand und des Erfüllungsorts geschickte Weichen gestellt werden. Zum anderen ist es der Weg zum Schiedsgericht, das jedoch in der Regel schon im Werkvertrag vereinbart wird.

Weiterhin stellt das Gesetz durch das materielle Recht Möglichkeiten der Klärung und somit Deeskalation zur Verfügung. Dieses Werkvertragsrecht ist, wie das Vorstehende gezeigt hat, bisweilen unzulänglich und für die Bedürfnisse der Praxis lückenhaft und untauglich.

Diese Lücken können geschlossen werden, wo das materielle Recht Änderungen und Erweiterungen zulässt. Äußerstes Grenzen finden sich im zwingenden Recht (wie oben unter §§ 242, 134 und 138 BGB bspw. angesprochen), aber auch dort, wo solche Modifikationen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen mit gesetzlichen Leitbildern kollidieren.

Die Parteien eines Werkvertrags können, in dem Wissen, dass es den optimalen Vertrag nicht, den pareto-optimalen Vertrag bestenfalls gibt, mittels der Harvard-Methode versuchen, diese gesetzliche Ausgestaltung, das gesetzliche Äquivalent, in ihr für diesen Vertrag geltendes vertragliches Äquivalent überzuleiten. Die Vertragsverhandlung stellt die Weichen. Dafür muss man die gesetzlichen Ausgestaltungen kennen, die gesetzlichen Leitbilder und auch die Argumentationen der Gerichte aus der AGB-Rechtsprechung. Mit dem so geschärften Blick erlangt man die beste Grundlage für die Verhandlung und die beste Chance einen langfristig guten Vertrag zu gestalten und damit für alle Situationen der anschließenden Abwicklung einen deeskalierenden, klärenden Lösungsweg zu entwickeln.

- **Welche Erkenntnisse aus anderen Rechtsordnungen und Vertragsstandards kann man vorteilhaft in die Ausgestaltung eines Werkvertrags einfließen lassen?**

Letztlich bieten andere Rechtsordnungen und Vertragsstandards etliches an Ausgestaltungsmöglichkeiten an. Von ihrer Wirkweise erscheint die Part 36 offer/Calderbank offer begrüßenswert, weil sie klare Anreize zu einem frühzeitigen Vergleich setzen. Vor dem Hintergrund des deutschen Rechts können sie wohl nur als vertragliche Regelungen zum Kostenausgleich etabliert werden.

Im Übrigen erscheint auch eine dem prozessualen Streit vorgelagerte ADR-Prozedur erstrebenswert, die den Parteien bei entsprechender vertraglicher Ausgestaltung die Möglichkeit gibt, Dinge zügig und zumindest vorläufig verbindlich zu klären.

Literatur

Kommentare und Handbücher

Bau- und Architektenrecht, herausgegeben von Prof. Dr. Glöckner und H. von Berg, 2. Auflage 2015, zit. Glöckner / v. Berg, Bau- und Architektenrecht, 2. Auflage 2015- *Bearbeiter-Norm-Randnummer*

Beck'sche Kurzkommentare, Privates Baurecht, herausgegeben von Prof. Dr. Messerschmidt und Prof. Dr. Voit, 4. Auflage 2022, zit. Messerschmidt/Voit- *Bearbeiter*, 4. Aufl. 2022, *Norm Randnummer*

Beck'sche Kurzkommentare, VOB Teile A und B, herausgegeben von Prof. Dr. Kapellmann, Prof. Dr. Messerschmidt und Prof. Dr. Markus, 8. Auflage 2022, zit. Kapellmann/Messerschmidt/ *Bearbeiter*, 8. Aufl. 2023, *Norm Randnummer*

Beck'scher Onlinekommentar BGB, herausgegeben von Prof. Dr. Hau, Prof. Dr. Poseck, 66. Edition, Stand: 01.05.2023, zit. BeckOK BGB-*Bearbeiter-Norm-Randnummer*

Beck'scher Onlinekommentar VOB/B, herausgegeben von Dr. Cramer, R. Kandel und Prof. Dr. Preussner, 51. Edition 2023, zit. BeckOK VOB/B/*Bearbeiter*, 51. Ed. 30.4.2023, VOB/B -*Norm Randnummer*

Beck'scher Onlinekommentar ZPO, herausgegeben von Dr. Vorwerk und Dr. Wolf, 48. Edition 2023, zit. BeckOK ZPO/*Bearbeiter*, 48. Ed. 01.03.2023, -*Norm Randnummer*

Beck'scher VOB-Kommentar, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B, herausgegeben von Prof. Dr. Ganten, G. Jansen und Prof. Dr. Voit, 3. Auflage 2013, zit. BeckVOB/B-*Bearbeiter - Norm -Randnummer*

Beck'scher VOB-Kommentar, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil C, herausgegeben von Prof. Dr. Englert, Prof. Dr. Katzenbach und Prof. Dr. Motzke, 4. Auflage 2021, zit. Englert/Katzenbach/Motzke-*Bearbeiter Norm -Randnummer*

Beck'sche Online-Formulare Prozess- Stempfle, Schönberger und Partner, 53. Edition 2022, Stand: 01.10.2022

Beck'sche Online-Formulare Prozess- Stretz/Wymen, 53. Edition 2022, Stand: 01.10.2021, Rn. 1

Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Prof. Dr. Prütting, Dr. Wegen, G. Weinreich, 17. Auflage 2022, zit. Prütting / Wegen / Weinreich- *Bearbeiter Norm -Randnummer*

Dammert / Lenkeit / Oberhauser / Pause / Stretz, Das neue Bauvertragsrecht, 2017, zit. Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz-*Bearbeiter-Norm-Randnummer*, Das neue Bauvertragsrecht, 2017

Der Bauprozess Prozessuale und materielle Probleme des zivilen Bauprozesses, von Prof. Dr. Werner, Dr. Pastor, 18. Auflage 2023, zit. Werner/Pastor-*Bearbeiter, Randnummer*

Die Beweissicherung in der anwaltlichen Praxis, von G. Sturmberg, 18. Edition 2023, zit. Sturmberg, Die Beweissicherung in der anwaltlichen Praxis, 2023, *Gliederungsziffer -Randnummer*

Erman/Schwenker, BGB-Kommentar, 16. Auflage 2020, zit. Erman/Schwenker-*Bearbeiter-Norm-Randnummer*

Eschenbruch, Bauvertragsmanagement Gestaltung, Änderung und Abwicklung von Verträgen sowie Konfliktbewältigung bei Bauprojekten, 1. Auflage 2017, zit. Eschenbruch, Bauvertragsmanagement, 1. Auflage 2017, *Norm-Randnummer*

Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO, von J. Kropholler und J. v. Hein, 6. Aufl. 2011

Geimer/Schütze, Kommentar zum Europäischen Zivilverfahrensrecht, 4. Auflage 2020, zit. Geimer/Schütze, Europäisches ZivilverfahrensR, *Norm-Randnummer*

Gergen, Mediation und Translation im Recht des geistigen Eigentums, 1. Auflage

Grüneberg, BGB-Kommentar, 82. Auflage 2023, zit. Grüneberg-Bearbeiter, *Norm, Randnummer*

H. Krejci, Wer trägt das Baugrundrisiko, 1995

Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, Teil A und B, 14. Aufl. 2018, zit. Heiermann/Riedl/Rusam-Bearbeiter, *Norm, Randnummer*

Heinz Ingenstau† · Hermann Korbion†, VOB Teile A und B, Kommentar, herausgegeben von Prof. Stefan Leupertz und Prof. Dr. Mark von Wietersheim, 22. Auflage 2023, zit. Ingenstau / Korbion / Leupertz / von Wietersheim - *Bearbeiter*, VOB Teile A und B - Kommentar, 22. Auflage 2023, *Norm, Randnummer*

ibr Print & Online, Bauvertragsrecht, begründet von Prof. Kniffka, herausgegeben von Prof. Jurgeleit, Stand 06.03.2023, zit. Kniffka ibrOK BauVertrR/*Bearbeiter*, 25. Ed. 6.3.2023, *Norm, Randnummer*

Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, zit. Kapellmann/Schiffers-Bearbeiter, *Randnummer*

Klowait / Gläßer (Hrsg.), Mediationsgesetz, 2. Auflage 2018, zit. Klowait/Gläßer-Bearbeiter, Mediationsgesetz, *Gliederungsziffer, Randnummer*

Kommentar zum Bauvertragsrecht, herausgegeben von Prof. Dr. Werner Langen, Dr. Andreas Berger, Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb, 2. Auflage 2022, zit. Langen/Berger/Dauner-Lieb—*Bearbeiter*, *Norm, Randnummer*

Kompendium des Baurechts, Privates Baurecht und Bauprozessrecht, herausgegeben von Prof. Dr. Rolf Kniffka, Dr. W. Koeble, Prof. Dr. Jurgeleit, und D. Sacher, 5. Auflage 2020, zit. Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher-Bearbeiter, *Norm, Randnummer*

Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB-Kommentar, 2. Aufl. 2007, zit. Koziol/Bydlinski/Bollenberger-Bearbeiter, *Norm, Randnummer*

Kuffer / Wirth, Handbuch Bau- und Architektenrecht, 7. Auflage 2023, zit. Kuffer/Wirth-Bearbeiter, *Norm, Randnummer*

Kurzkommentar Selbständiges Beweisverfahren, von Dr. Seibel, 6. Edition 2013, zit. ibrOK BeweisVerf/*Bearbeiter*, 6. EL August 2012, *Norm, Randnummer*

Langen / Berger / Dauner-Lieb, Kommentar zum Bauvertragsrecht, 2. Auflage 2022, zit. Langen/Berger/Dauner-Lieb-Bearbeiter, Kommentar zum Bauvertragsrecht, *Norm, Randnummer*

Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, Übersicht

Markus / Kapellmann / Pioch, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, zit. Markus / Kapellmann / Pioch-Bearbeiter, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Auflage 2019, *Randnummer*

Müller | Stempkowski (Hrsg.), Handbuch Claim-Management, 2. Auflage 2015 zit. Müller | Stempkowski (Hrsg.), Handbuch Claim-Management, *Seite*

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, zit. MüKoBGB-Bearbeiter, *Stand, Norm, Randnummer*

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, zit. MüKoZPO-Bearbeiter, *Stand, Norm, Randnummer*

Nachträge und Nachtragsprüfung beim Bau- und Anlagenbauvertrag, von Dr. Matthias Drittler, elektronische Fassung: www.ibr-online.de, letzte Aktualisierung: 25.01.2021, zit. Drittler, Nachträge und Nachtragsprüfung beim Bau- und Anlagenbauvertrag, *Norm -Randnummer*

Praxiskommentar Vergaberecht, von R. Weyandt, 17. Aktualisierung 2015, zit. Weyandt ibrOK VergabeR/Bearbeiter, 17. Ed. 14.9.2015, *Norm -Randnummer*

Prof. Fuchs (Dissertation), Kooperationspflichten der Bauvertragsparteien, Baurechtliche Schriften Werner Verlag 2004, zit. Fuchs, Kooperationspflichten der Bauvertragsparteien, *Seite*

RGRK, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Kommentar, 2001, zit. BGB-RGRK-Bearbeiter-Norm-Randnummer

Roquette/Viering/Leupertz, Handbuch Bauzeit, 4. Auflage 2021, zit. Roquette/Viering/Leupertz-Bearbeiter, Handbuch Bauzeit, 4. Auflage 2021- *Gliederungsziffer-Randnummer*

Salger/Trittmann-Steiner, Praxishandbuch Internationale Schiedsverfahren, Abschnitt VIII Naher Osten und Afrika

Schmidt / Sindermann, Praxiswissen Baurecht, 1. Auflage 2020

Soergel (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, 7. Auflage, zit. Soergel-Bearbeiter, *Norm, Randnummer*

Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2019, zit. Staudinger/Bearbeiter, *Norm, Randnummer*

Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, herausgegeben von R. Bork und H. Roth, zit. Stein/Jonas/Bearbeiter, *Auflage, Norm, Randnummer*

Thomas / Putzo, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 44. Auflage 2023, zit. Thomas/Putzo-Bearbeiter, *Norm, Randnummer*

Unwirksame Bauvertragsklauseln nach dem AGB-Gesetz, herausgegeben von L. Glatzel, O. Hofmann und E. Frikell, 11. Auflage 2008, zit. Glatzel/Hofmann/Frikell, Unwirksame Bauvertragsklauseln, 11. Auflage, *Seite*

Vertragsbuch Privates Baurecht, Kommentierte Vertragsmuster, herausgegeben von A. Roquette und Dr. Schwaiger, 3. Auflage 2020, zit. Roquette/Schwaiger-Bearbeiter, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Auflage 2020, *Gliederungsziffer, Randnummer*

VOB für Bauleiter, von B. Kimmich und H. Bach, 8. Auflage 2021, zit. Kimmich/Bach-Bearbeiter, VOB für Bauleiter, *Gliederungsbezeichnung, Randnummer*

VOB Teil B Kommentar, herausgegeben von G. Jansen und Dr. Seibel, 5. Auflage 2019, zit. *NWJS/Bearbeiter*, 5. Aufl. 2019, *Norm*

VOB/B Kommentar mit FIDIC conditions of contract, herausgegeben von Prof. Dr. Ralf Leinemann, 7. Auflage 2019, zit. *Leinemann-Bearbeiter*, VOB/B Kommentar, 7. Auflage 2019 *Norm -Randnummer*

VOB-Kommentar Bauvergaberecht, Bauvertragsrecht, Bauprozessrecht, herausgegeben von Prof. Franke, R. Kemper, Prof. Zanner, M. Grünhagen, Prof. Dr. Mertens, 7. Auflage 2020, zit. *FKZGM—Bearbeiter – Norm – Randnummer*

Vygen / Jousen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, Handbuch des privaten Baurechts, 6. Auflage. 2023, zit. *Vygen/Jousen-Bearbeiter*, *Norm, Randnummer*

Zivilprozessordnung mit GVG und anderen Nebengesetzen, herausgegeben von Dr. M. Anders und Dr. B. Gehle, Beck-Verlag, 81. Auflage 2023, zit. *Anders/Gehle-Bearbeiter*, *Norm, Randnummer*

Zivilprozessordnung, Kommentar, herausgegeben von Prof. Dr. Prütting, Prof. Dr. Gehrlein, 14. Auflage 2022, zit. *Prütting / Gehrlein- Bearbeiter - Norm-Randnummer*

Zivilprozessordnung, Kommentar, herausgegeben von Prof. Musielack und Prof. Dr. Voit, 20. Auflage 2023, zit. *Musielack/Voit- Bearbeiter - Norm-Randnummer*

Zöller, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 34. Auflage 2022, zit. *Zöller-Bearbeiter*, *Norm, Randnummer*

Zeitschriften

| | |
|-------------------|---|
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis (Band, Seite) |
| bau aktuell | bau aktuell, österreichische Fachzeitschrift für Baurecht, Baubetriebswirtschaft und Baumanagement, Jahrgang, Seite |
| BauR | Zeitschrift für Baurecht, zit. Verfasser, BauR, Jahrgang, Seite |
| Jahrbuch Baurecht | zit. Verfasser, Jahrbuch Baurecht, Jahrgang, Seite |
| GRUR | Zeitschrift Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht |
| BayVerwBl | Bayerische Verwaltungsblätter |
| BB | Zeitschrift Betriebs-Berater, Jahrgang, Seite |
| BeckRS | siehe Abkürzungen |
| DB | Zeitschrift Der Betrieb, Jahrgang, Seite |
| DS | Zeitschrift Der Sachverständige, Jahrgang, Seite |
| GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen |
| HGÜ | Haager Übereinkommen vom 30.06.2005 über Gerichtsstandsvereinbarungen |
| IBR | Zeitschrift Immobilien- und Bau-Recht |
| IBRRS | Online-Rechtsprechung der IBR |
| JA | Zeitschrift Juristische Arbeitsblätter, Jahrgang, Seite |
| Jura | Zeitschrift Juristische Ausbildung, Jahrgang, Seite |
| jurisPR-PrivBauR | Zeitschrift Praxisreport Privates Baurecht der juris |
| JZ | Zeitschrift JuristenZeitung, Jahrgang, Seite |
| MDR | Monatsschrift für Deutsches Recht, Jahrgang, Seite |
| NJOZ | Neue Juristische Online Zeitschrift, Jahrgang, Seite |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift, Jahrgang, Seite |
| NJW-RR | Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report, Jahrgang, Seite |
| NJW-Spezial | Neue Juristische Wochenschrift Spezial, Jahrgang, Seite |
| NStZ-RR | Neue Zeitschrift für Strafrecht, Rechtsprechungs-Report, Jahrgang, Seite |
| NZA | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| NZBau | Neue Zeitschrift für Baurecht |
| NZM | Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht |
| ÖBA | Österreichisches Bankarchiv, Jahrgang, Seite |
| PartGG | Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe |

| | |
|---|--|
| RdA | Recht der Arbeit Jahrgang, Seite |
| RIS-Justiz | Rechtsinformationssystem des Bundes (Österreich), abrufbar über https://www.ris.bka.gv.at/Jus/ |
| RIW | Recht der Internationalen Wirtschaft, Jahrgang, Seite |
| SchiedsVZ | Zeitschrift für Schiedsverfahren, Jahrgang, Seite |
| Schriftenreihe des Instituts für Bauwirtschaft und Baubetrieb | |
| Zeitschrift Ukraine-Krieg und Recht, Jahrgang, Seite | |
| Zeitschrift Vergaberecht, Jahrgang, Seite | |
| VersR | Zeitschrift für Versicherungsrecht, , Jahrgang, Seite |
| wbl | Wirtschaftsrechtliche Blätter, Österreich, Jahrgang, Seite |
| WM | Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Jahrgang, Seite |
| IWRZ | Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht, Jahrgang, Seite |
| ZfBR | Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht, Jahrgang, Seite |
| ZfPW | Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft, Jahrgang, Seite |
| ZGS | Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht, Jahrgang, Seite |
| ZIP | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |

Quellen aus dem Internet:

https://www.hrgdigital.de/id/pacta_sunt_servanda/stichwort.html

<https://www.duden.de/rechtschreibung/Eskalation>

<https://www.duden.de/rechtschreibung/Deeskalation>

<https://de.wikipedia.org/wiki/Eskalation>

https://commission.europa.eu/sites/default/files/2020_eu_justice_scoreboard_factsheet.pdf

<https://commercial-court.de/standorte>

<https://www.justiz.nrw/JM/qualitylaw>

<https://www.justiz.nrw/JM/qualitylaw/index.php>

<https://www.hcch.net/de/states/other-connected-parties>

<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fges%2Fegzpo%2Fcont%2Fegzpo.p15a.htm&anchor=Y-100-G-EGZPO-P-15A&jumpType=Jump&jumpWords=15a%2BEGZPO>

https://www.destatis.de/DE/Service/Bibliothek/_publikationen-fachserienliste-10.html#618978

<https://www.disarb.org/schiedsgerichtsbarkeit/schiedsverfahren>

https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2

https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration

<https://www.tu-braunschweig.de/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=50892&token=deac1b15bdb4e88eed7fe51cf3e82403747e1eec>

<https://de.wikipedia.org/wiki/Spieltheorie> (zur nicht-kooperativen Spieltheorie, die eine Vereinbarung erst finden muss)

<https://de.wikipedia.org/wiki/Pareto-Optimum>, Schwerdtner a.a.O,

<https://www.pon.harvard.edu/about/>

<https://de.wikipedia.org/wiki/Harvard-Konzept>

https://www.ewi-psy.fu-berlin.de/einrichtungen/arbeitsbereiche/arbpsych/media/lehre/ws0708/12672/harvard_konzept.pdf

<https://blog.hubspot.de/sales/harvard-konzept>

<https://www.pon.harvard.edu/about/>

<https://de.wikipedia.org/wiki/Harvard-Konzept>

<https://www.iccgermany.de/schiedsgerichtsbarkeit/schiedsgerichtsklausel/>

<https://www.ihk.de/rhein-neckar/international/export-import/ausfuhr-eu/vertragsbestimmungen-export/internationale-schiedsgerichtsbarkeit-und-mediation-950862>

<https://www.disarb.org/werkzeuge-und-tools/dis-musterklauseln#c255>

<https://www.adr.org/Clauses>

<https://www.iccgermany.de/schiedsgerichtsbarkeit/schiedsgerichtsklausel/>

<https://www.viac.eu/de/schiedsverfahren/schiedsordnung-musterklausel>

<https://www.swissarbitration.org/centre/arbitration/arbitration-clauses/>

<https://sccarbitrationinstitute.se/en/model-clauses>

<https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2000/177.html>

http://www.adjudication.co.uk/archive/view/case/247/bouygues_uk_ltd_v_dahl-jensen_uk_ltd_%5b2000%5d_ewca_civ_507/

https://en.wikipedia.org/wiki/Calderbank_v_Calderbank

https://www.designingbuildings.co.uk/wiki/ICE_Conditions_of_Contract

<https://www.legislation.gov.uk/uksi/1998/649/schedule/made>

<https://c-link.com/blog/a-guide-to-construction-contracts-in-the-uk/>

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000889241/>

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000017771816/>

<https://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-12199QE.htm>

<https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Werkvertrag>

https://www.bergmann.fi/d/article/leistungsanderungen_in_yse_1998_vertragen

<https://www.boverket.se/en/start/building-in-sweden/swedish-market/procurement/standard-agreements/>

<https://www.vinge.se/media/qhtnkvt/njt-2020-21-nr-4-p-869-the-scope-of-work-according-to-ab-04.pdf>

https://zivilrecht.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_zivilrecht/Zoechling-Jud/Karasek/Skriptum_OENORM_B2110_WS_2017.pdf

<https://pub.fh-campuswien.ac.at/obvfcwhsacc/download/pdf/8062768?originalFilename=true>

https://verein-archimedes.at/fileadmin/user_upload/Dokumente/8._TJD_2017/4.Kletecka_Beweisfragen_iZm_Mehrkostenforderung_EF.pdf

<https://research.wolterskluwer-online.de/topic/a16a8403-a8d5-4caf-9dda-9a0c000f4a1b>

https://en.wikipedia.org/wiki/Duress_in_English_law

https://en.wikipedia.org/wiki/Undue_influence_in_English_law

https://en.wikipedia.org/wiki/Unconscionability_in_English_law

<https://www.ttclub.com/news-and-resources/news/tt-talk/2016/tt-talk-unfair-contract-terms-generally-in-common-law/>

<https://www.andritz.com/group-de/about-us/gr-procurement/gr-terms-and-conditions>

<https://unipub.uni-graz.at/obvugrhs/content/titleinfo/240258>

https://www.plus.ac.at/wp-content/uploads/2021/02/bauaktuell-2020-01_32_Uwe-Neumayr.pdf

<https://www.iccgermany.de/standards-incoterms/handels-und-exportfinanzierung/urdg-758-bank-garantien/>

<https://www.elevenjournals.com/tijdschrift/ELR/2019/1/ELR-D-19-00002>

Abkürzungen

| | |
|---------------|---|
| a.A. | anderer Auffassung |
| a.a.O. | am angegebenen Ort |
| a.E. | am Ende |
| AAA | American Arbitration Association |
| ABGB | Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich) |
| ABGB | österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch |
| Abs. | Absatz |
| ADR | Alternative Dispute Resolution |
| AG | Amtsgericht |
| AGB | Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 I 1 BGB |
| AGG | Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz |
| Alt. | Alternative |
| Art. | Artikel |
| Aufl. | Auflage |
| B2B | Business to Business, d.h. ohne Beteiligung von Verbrauchern |
| BeckRS | Beck'sche Rechtsprechungssammlung (abrufbar in beck-online) |
| Begr. RegE | Begründung des Regierungsentwurfs |
| BG | Schweizerisches Bundesgericht |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGE | amtl. Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichts in Zivilsachen |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | amtl. Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BR-Drucksache | Drucksache des Bundesrates – Legislaturperiode, Seite |
| BT-Drucksache | Drucksache des Bundestages – Legislaturperiode, Seite |
| d.h. | das heißt |

| | |
|-----------|--|
| e.V. | eingetragener Verein |
| Ed. | Edition |
| EGZPO | Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| EuGVVO | Verordnung EU Nr. 1215/2012 des Europaparlaments und des Rates |
| f | folgende Seite |
| ff | fortfolgende Seiten |
| FamFG | Gesetz über das Verfahren in Familiensachen |
| Fn. | Fußnote |
| FU Berlin | Freie Universität Berlin |
| ggf. | gegebenenfalls |
| GVG | Gerichtsverfassungsgesetz |
| h.L. | herrschende Meinung in der Lehre |
| h.M. | herrschende Meinung in Rechtsprechung und Lehre |
| HGB | Handelsgesetzbuch |
| ICC | International Chamber of Commerce |
| insb. | insbesondere |
| InsO | Insolvenzordnung |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| KG | Kammergericht Berlin |
| LG | Landgericht |
| lit. | Buchstabe |
| LuGÜ | Luganer Übereinkommen (Amtsblatt der Europäischen Union vom 21.12.2007, L 339/27 ff) |
| m.w.N. | mit weiteren Nachweisen |
| Motive | Motive zum BGB |
| OGH | Oberster Gerichtshof der Republik Österreich |

| | |
|-----------|--|
| oHG | offene Handelsgesellschaft im Sinne der §§ 105 ff HGB |
| OLG | Oberlandesgericht |
| OLGR | Rechtsprechung der Oberlandesgerichte |
| OR | schweizerisches Obligationenrecht |
| PartGG | Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger freier Berufe |
| ProdHaftG | Produkthaftungsgesetz |
| RGZ | amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichtshofs |
| Rn. | Randnummer |
| s.o. | siehe oben |
| st. Rspr. | ständige Rechtsprechung |
| u.a. | und andere / unter anderem |
| URDG 758 | ICC Uniform Rules for Demand Guarantees Nr. 758 |
| UrhG | Urheberrechtsgesetz |
| Urt. v. | Urteil vom |
| UWG | österreichisches Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb |
| VOB/B | "Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen Fassung 2016" |
| VOL/B | Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) Teil B Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/B) Fassung 2003 |
| Vorb. Zu | Vorbemerkung zu |
| VwGO | Verwaltungsgerichtsordnung |
| VwVfG | Bundesverwaltungsverfahrensgesetz |
| WEG | Wohnungseigentumsgesetz |
| zit. | zitiert als |
| ZPO | Zivilprozessordnung |

EIKV-Schriftenreihe zum Wissens- und Wertemanagement

| Jahr | Autor/ Autorin | Titel | Band |
|------|---------------------------|--|------|
| 2023 | Peter Florian Eder | Rechtskonformes postakquisitorisches Vorstandshandeln - Mit Fallbeispielen aus der Unternehmenspraxis | 50 |
| 2023 | Jana-Larissa Grzeszkowiak | Different Aspects of Internationalisation and Their Ramifications –Opportunities and Risks | 49 |
| 2023 | Kim Mara Müller | Samen und die Erklärung des Lebendigen Ein Vergleich von Robert Boyle und Isaac Newton | 48 |
| 2022 | Alexander Werner | Das Werk in Lehre, Wissenschaft und Forschung – Alte und neue Herausforderungen im Urheberrecht | 47 |
| 2021 | Lucian Ackva | Spannungsfeld zwischen juristischen Schutzhandlungen und reputativen Risiken gezeigt am Fallbeispiel des Rechtsstreits zwischen Deutschem Sparkassen- und Giroverband e. V. und Banco Santander S. A. | 46 |
| 2021 | Marcel-André Friedrich | Chancen und Risiken einer Multi-Channel-Vermarktung in zwei und dreistufigen Vertriebskanälen | 45 |
| 2020 | Marcus Bäumer | What matters to investment professionals in decision making? - The role of soft factors in stock selection | 44 |
| 2020 | Murad Erserbetci | Einführung der EU-Datenschutz-Grundverordnung: Auswirkungen und Handlungsempfehlungen für die Unternehmensbereiche, Geschäftsleitung, Personal sowie Informationstechnologie | 43 |
| 2020 | Sarah Holzhauer | Die Umsetzung eines inklusiven Bewerbungsprozesses für Menschen mit Behinderung | 42 |
| 2020 | Holger Niemitz | Sein oder Nichtsein von Patentboxen in verschiedenen Ländern im Rechtsvergleich des Steuerberaters | 41 |
| 2020 | Maximilien Petit | Management von Freiwilligen in luxemburgischen Non-Profit Organisationen - Einige Empfehlungen für die Praxis | 40 |
| 2020 | Jens Hoellermann | ESG in Private Equity and other alternative asset classes: What the industry has accomplished so far regarding Environmental, Social and Governance matters | 39 |
| 2020 | Ulrike Vizethum | Immaterielle Ressourcen, Basis der Wertschöpfung im Gesundheitswesen. Eine quantitative Analyse, gezeigt am Beispiel einer antimikrobiellen photodynamischen Therapie (aPDT) in der Zahnmedizin. | 38 |
| 2020 | André Reuter | Postgraduale Weiterbildung im Gesundheitswesen, | 37 |

| Jahr | Autor/ Autorin | Titel | Band |
|------|---------------------------------------|--|------|
| | | gezeigt am Beispiel der DTMD University mit Beiträgen von Thomas Gergen und Ralf Rössler | |
| 2020 | Ulrich J. Grimm | Nachweis der rechtserhaltenden Benutzung von Marken in einem internationalen Konzern Vergleich der Rechtsvorschriften und Rechtsprechung in Deutschland, der Europäischen Union, den USA sowie im Rahmen der internationalen Registrierung einer Marke (Probleme, Konsequenzen und Lösungsmöglichkeiten) | 36 |
| 2020 | Anne Bartel- Radic, André Reuter (Hg) | Studien zum Strategischen Management und Personalmanagement | 35 |
| 2020 | Diana Pereira Dias | Analyse de la phase transitoire de la loi du 3 février 2018 portant sur le bail commercial au Luxembourg | 34 |
| 2019 | Anne Bartel-Radic (Hg) | Méthodes de recherche innovantes et alternatives en économie et gestion - Innovative and alternative research methods in economics and business administration | 33 |
| 2019 | André Reuter Thomas Gergen (Hg) | Studien zum Wissens- und Wertemanagement Investment, Gesundheitswesen, Non-Profit-Organisationen, Datenschutz und Patentboxen | 32 |
| 2018 | Alina Bongartz | Der Einfluss der Kundenzufriedenheit auf den Unternehmenserfolg - die Wirkung von Value Added Services | 31 |
| 2018 | Lisa Schreiner | The Effects of Remuneration and Reward Systems on Employee Motivation in Luxembourg | 30 |
| 2018 | Sven Kirchens | TVA - Introduction du mécanisme de l'autoliquidation dans le secteur de la construction au Luxembourg ? Analyse et Propositions | 29 |
| 2018 | Romain Gennen | Die automobile (R)Evolution – das automobile Smartphone | 28 |
| 2018 | Désirée Kaupp | Corporate culture - an underestimated intangible asset for the information society | 27 |
| 2018 | Claudia Lamberti | Women in management and the issue of gender-based barriers - An empirical study of the business sector in Europe | 26 |
| 2018 | Alexander Vollmer | Überwachung von ausgelagerten Funktionen und Kompetenzen in der luxemburgischen Fondsindustrie | 25 |
| 2017 | Nadine Allar | Identification and Measurement of Intangibles in a Knowledge Economy - The special relevance of human capital | 24 |
| 2017 | Johanna Brachmann | Ist das Arbeitnehmererfindungsrecht erneut reformbedürftig? - Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Österreich, Schweiz, USA, Großbritannien | 23 |
| 2017 | Christophe Santini | Burn-Out / Bore-Out - Équivalences, similitudes et différences impactant la vie socio-économique des personnes concernées | 22 |
| 2017 | Andrea Dietz | Anti-Money Laundering and Counter- Terrorist Financing in the Luxembourg Investment Fund Market | 21 |

| Jahr | Autor/ Autorin | Titel | Band |
|-------------|------------------------------|---|-------------|
| 2017 | Sebastian Fontaine | Quo vadis Digitalisierung? Von Industrie 4.0 zur Circular-Economy | 20 |
| 2017 | Patrick Matthias Sprenker | RAIF – Reserved Alternative Investment Fund – The impact on the Luxembourg Fund Market and the Alternative Investment Fund landscape | 19 |
| 2017 | Marco Pate | Kriterien zur Kreditbesicherung mit Immaterialgüter- rechten anhand der Finanzierungsbesicherung mit Immobilien | 18 |
| 2016 | Niklas Jung | Abolition of the Safe Harbor Agreement – Legal situation and alternatives | 17 |
| 2016 | Daniel Nepgen | Machbarkeitsstudie eines Audioportals für Qualitäts- journalismus. Eine empirische Untersuchung in Luxemburg | 16 |
| 2016 | Alexander Fey | Warum Immaterielle Wirtschaftsgüter und Intellectual Property die Quantenteilchen der Ökonomie sind | 15 |
| 2016 | Stefanie Roth | The Middle Management – new awareness needed in the current information society? | 14 |
| 2016 | Peter Koster | Luxembourg as an aspiring platform for the aircraft engine industry | 13 |
| 2016 | Julie Wing Yan Chow | Activity Based Costing - A case study of Raiffeisen Bank of Luxembourg | 12 |
| 2016 | Meika Schuster | Ursachen und Folgen von Ausbildungsabbrüchen | 11 |
| 2016 | Nadine Jneidi | Risikofaktor Pflichtteil - Grundlagen und Grenzen der Regelungs- und Gestaltungsmöglichkeiten von Pflichtteilsansprüchen bei der Nachfolge in Personengesellschaften | 10 |
| 2016 | Christian Wolf | Zur Eintragungsfähigkeit von Geruchs- und Hörmarken | 9 |
| 2016 | Torsten Hotop | Äquivalenzinteresse im Erfinderrecht | 8 |
| 2016 | Lars Heyne | Immaterialgüterrechte und Objektreplication: Juristi- sche Risiken und Lösungsmöglichkeiten bei der Vermarktung von 3D-Druckvorlagen | 7 |
| 2016 | Dr. Sverre Klemp | Die Angemessenheit der Vergütung nach § 32 UrhG für wissenschaftliche Werke im STM-Bereich | 6 |
| 2016 | Irena Hank | Emotionale Intelligenz und optimales Teaming – eine empirische Untersuchung | 4 |
| 2016 | Tim Karius | Intellectual Property and Intangible Assets - Alternative valuation and financing approaches for the knowledge economy in Luxembourg | 3 |
| 2016 | Sebastian Fontaine | The electricity market reinvention by regional renewal | 2 |
| 2015 | Francesca Schmitt | Intellectual Property and Investment Funds | 1 |